أحكام الإرادة المنفردة

في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون المدني الأردني

الدكتور سمير أحمد الحراسيس

أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون المدني الأردني
الدكتور سمير أحمد الحراسيس



أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي

مقارنة بالقانون المدني الأردني

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الأولى

٢٠١٦

المملكة الأردنية الهاشمية

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الأردنية

(٢٥٢/ ١ /٢٠١٦) مركز الإيداع٢٧٣,٠٠٤٢٤

ISBN 978-9957-594- 53 - 4

أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي

مقارنة بالقانون المدني الأردني

الدكتور: سمير احمد الحراسيس

دار الجنان للنشر والتوزيع

عمان – العبدلي - مجمع جوهرة القدس التجاري – ط(M)

- هاتف: 00962 6 4659891 تلفاكس: 00962 6 4659892
- موبايل: 00962 795747460 موبايل: 00962 796295457
- هاتف السودان – الخرطوم 00249 918064984
- ص.ب ٩٢٧٤٨٦ الرمز البريدي ١١١٩٠ العبدلي
- البريد الإلكتروني: dar_ jenan@yahoo.com

daraljenanbook@gmail.com

أحكام الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي

مقارنة بالقانون المدني الأردني

Provisions of the individual will in the Islamic Fiqh
compared with Jordanian Civil

الدكتور : سمير أحمد الحراسيس

الإهداء

إلى..... والدتي التي كانت أُمنيتها أنْ ترى ثمرة دُعائها في حياتها رحمها الله تعالى وتقبّلها في الصالحين .

إلى ....والدي الذي دعمني بالدعاء والتشجيع حفظه الله تعالى ورعاه

إلى .....زوجتي وأبنائي محمد البراء والشيماء مع كلّ الحبّ والوفاء وصبراً وعرفاناً بالجميل .

إلى..... إخوتي وأخواتي على الاحتضان والمؤازرة .

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى سيدنا محمد صلّى الله وسلّم وبارك عليه وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين . وبعد ..

فإنّ من أبرز ما يتميز به الفقه الإسلامي أنه مبني على قواعد وأصول مبنية على مقاصد منها تنبثق الشرائع، وعنها تصدر الأحكام ، وبهذا أصبح الفقه الإسلامي قادراً على مسايرة التطور واستيعاب متغيرات الحياة، فهو فقه محيط بأحكام الحوادث والنوازل على اختلافها.

ومن ابرز هذه المقاصد حفظ مصالح العباد في معاشهم ومعادهم، ودرء المفاسد عنهم، ويكون ذلك بأن يستفرغ أهل العلم الوسع في فهم كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، فما من نازلة ولا واقعة إلا وحكمها في كتاب الله تعالى ، أو سنة رسوله ﷺ .

والمتأمل في حياتنا يجد كثيراً من المعاملات التي تحتاج إلى بحث ودراسة لمعرفة حكم الله تعالى فيها وبيان الحلال والحرام، ومن هذه المعاملات تصرفات وأحكام الإرادة المنفردة وهو محل هذه الدراسة .

فقد ارتأيت أن أكتب في موضوع الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون المدني الأردني ، ومن المعلوم أن الإرادة المنفردة معروفة عند الفقهاء بالإيجاب غير مقترن بقبول ، ومحلها هو صلاحيتها لأن تكون مصدراً عاماً للالتزام أو لا .

ومن خلال بحثي هذا حاولت أن أبيّن الإرادة المنفردة في الفقه والقانون وتطبيقاتها وصورها ، وما هي التصرفات التي تولد الحق والتصرفات الانفرادية التي تنشئ الالتزام ، وكذلك التصرفات الانفرادية التي تزيل الحق ، والتصرفات الانفرادية التي تسقط الحق .

وتقوم دراستي على عدة جوانب أجمع فيها ما ورد في القانون المدني الأردني من مواد فيما يخص الإرادة المنفردة ومقارنتها فيما ورد في الفقه الإسلامي حولها .

• مشكلة الدراسة :

أحاول من خلال بحثي أن أجيب على الأسئلة التالية :

١- هل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ؟

٢- ما أنواع التصرفات الانفرادية ؟

٣- ما تطبيقات الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ؟

٤- ما تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون المدني الأردني ؟

• وتهدف الدراسة إلى ما يلي :

١- تأصيل المواد القانونية الواردة من ناحية فقهية .

٢- الحاجة إلى بيان الحكم الشرعي فيما ورد من أنظمة بخصوص هذه التصرفات ، وذلك بمقارنتها بالفقه الإسلامي.

٣- توضيح التطبيقات للإرادة المنفردة في القانون المدني الأردني .

٤- بيان الإيجابيات والسلبيات لكل ما يرد في القانون المدني الأردني .

٥- إبراز الفقه الإسلامي في صورة مشرفة، كونه وضع القواعد التي نعرف من خلالها حكم كثير من التصرفات الانفرادية الجديدة.

• الدراسات السابقة :

في حدود علم الباحث، ومن خلال الرجوع إلى مكتبة الجامعة الأردنية، والمواقع الألكترونية لفهارس المكتبات، كمركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، والموقع الالكتروني لمكتبة الملك فهد الوطنية، والأقسام العلمية في الجامعات ومكتباتها، وسؤال المختصين، لم أجد بحثاً أو رسالة مستقلة جمعت مفردات البحث أو قارنت الفقه الإسلامي بالقانون المدني ، إنما قد تكون مفردات مبثوثة في مقالات أو كتب منوعة أو قانونية . **وقد وجدت بعض الكتب والبحوث التي تناولت جانباً أو مسألة من مسائل هذا البحث من هذه البحوث والكتب :**

١. الوجيز في العقود والإرادة دراسة مقارنة، للدكتور تاج السر محمد حامد دار النهضة العربية ٢٠٠٨ .عنى فيه الكاتب بالأحكام الشرعية دون الخوض في التفاصيل

الدقيقة ، كما اعتمد القانون المدني السوداني كأساس للتمثيل في شرح القانون . أما في هذه الرسالة فسيقوم الباحث بالاستفاضة في بيان أحكام الإرادة المنفردة كما سيعتمد في مقارنتها بالقانون المدني الأردني .

٢. نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمّقة مقارنة بالفقه الإسلامي للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي مطبعة نهضة مصر ١٩٨٤ . عنى في الكاتب بأحكام القضاء مصرياً وأجنبياً وتكلم في مؤلفه عن الأحكام الشرعية فيما يتعلق بنظرية العقد فقط وتكلم بشكل مستفيض فيما يتعلق بالقوانين الأجنبية حول هذا الموضوع .

أما العناوين الأخرى فهي إما عناوين تتحدث عن مواد قانون بعينه كالقانون الجزائري والقانون المصري واليمني والسوداني أو أنها مواضيع قضائية بحتة أو أنها تتحدث عن جزئية من التصرفات كالتصرفات الضارة في الوقف أو النيابة في التصرفات .

- **منهجية البحث :**

ستقوم منهجية الدراسة في هذا البحث على المنهج الاستقرائي في القانون المدني الأردني والفقه في موضوع مصادر الالتزام والحق الشخصي وما يتعلق به ، وكذلك ما ورد في القوانين الأخرى .

تمهيد:

مفهوم الأحكام :

أولاً : الحكم في اللُّغة :

الحكم المنع ومنه قيل للقضاء حكم لأنّه يمنع من غير المقتضى به، وسُمّي القاضي حاكماً لأنّه يمنع منَ الظّلم، يُقال : حَكمْتُ عليه بكذا إذا منعتَه من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك، ويُقال حُكم الله أي قضاؤه بأمر والمنع من مخالفته .

ثانياً : الحكم في الاصطلاح :

اتّفقت كلمة جمهور الأصوليين أنّ الحُكم هو : خطابُ الشّارع المتعلّق بأفعال المكلّفين اقتضاءً أو تخيّيراً أو وضعاً، واشتهرَ من أصولهم "لا حكم إلاّ لله"[(١)].

والحكم عند الفقهاء : أثر خطاب الله المتعلّق بأفعال المكلّفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً[(٢)]. فالحكم عنْدهم هو الأثر أي الوجوب ونحوه وليس الخطاب نفسه [(٣)].

مفهوم الفقه :

أولاً : الفقه في اللّغة : يأتِ بمعنى العلم، وغلب على علم الدِّين لشرفه وفضله على سائر أنواع العلم كما غلبَ النّجم على الثّريا، والفهم له والفطنة، وهو الفهم لما ظهر، أو خفي قولاً كان، أو غير قول[(٤)].

---

(١)الزركشي، الشافعي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله ٧٤٥-٧٩٤هـ، (١٤١٣هـ -١٩٩٢م) ، **البحر المحيط** ، (راجعه د.عمر سليمان الأشقر)، ، ج١ ص١١٧، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، ط٢، الجديع، عبد الله بن يوسف، (١٤١٨ه-١٩٩٧م)، **تيسير علم أصول الفقه**، ص١٧، ط١، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، السبكي، علي بن عبد الكافي، (١٤٠٤هـ)، **الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي**، ج١ ص٧٢، ط١، دار الكتب العلمية بيروت، الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، ج١ ص٢٨، ط١، سنة ١٤٢٠هـ، دار الكتب العلمية بيروت.

(٢)الشافعي، محمد بن إدريس، **كتاب الأم** ، (تحقيق : أحمد بدر الدين حسون)، ج١ ص٢٩، ط٢، دار قتيبة، بيروت و دمشق.

(٣)الزركشي، البحر المحيط ، مصدر سابق، ج١ ص١١٧ .

(٤)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، باب فقه، ج١٣ ص٥٢٢.

إبراهيم ومجموعة، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، باب الفاء، ج٢ ص٦٩٨.

ثانياً : الفقه في الاصطلاح :

إنّ مفهوم الفقه مرّ في مراحلَ كان أولُّها : الفهم العام للفقه، بحيث غَلب استعماله في فهم أحكام الديِّن جميعها، أي فهم كلّ ما شرع اللهُ تعالى لعباده منَ الأحكام، سواءٌ كانت أحكام متعلقة بالإيمان أو العقائد وما يتّصلُ بها، أم كانت متعلّقة بأحكام الفروض والحدود والأوامر والنواهي...، فكان اسم الفقه في ذاك العهد متناولاً لهذين النوعين على السواء، وكان مرادفاً لكلمات : شريعة، شرع، شرعة، دين، والّتي هي جملة الأحكام التي شرعها اللهُ تعالى لعباده، كما يطلق على فهم جميع هذه الأحكام [(١)] منه قوله ﷺ :(رُبَّ حامل فقه إلى من هو أفقه منه، ورُبَّ حامل فقه ليس بفقيه) [(٢)].

ويرشدنا إلى ذلك ما نُقل عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله من أنّ الفقه معناه : معرفة النّفس مالها وما عليها عملاً. وما هذه المعرفة إلاّ معرفة أحكام الله بنوعيها كما أنه سَمّى كتابَه بالفقه الأكبر [(٣)].

الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (المتوفى ٨١٧هـ)، **القاموس المحيط،** تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م، ص١٢٥٠، ط٨، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان.

الجوهري، إسماعيل بن حماد (المتوفى ٣٩٣هـ)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية،** ج٧ ص٩٣، ط٤، دار العلم للملايين – بيروت.

(١)الشوكاني، محمد بن علي بن محمد المتوفى ١٢٥٠ه، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول،** تحقيق الشيخ أحمد عزو عنابة ج٣ ص١٧-١٨، دار الكتاب العربي.

السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي و ولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي، **الإبهاج في شرح المنهاج** السبكي ٧٥٦هـ ط١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ج١ ص٤٦،دار الكتب العلمية –بيروت.

الشاطبي، اللخمي، الموافقات، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م دراسة وتحقيق:أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ط١ ج١ ص٤٠ دار ابن عفان.

(٢)الشيباني، أبو عبد الله، أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد،** تحقيق شعيب الأرناؤوط، رقم ٢١٦٣٠ ج٥ ص١٨٣، مؤسسة قرطبة القاهرة.

النيسابوري، الحاكم، أبو عبد الله، محمد بن عبد الله، ١٤١١-١٩٩٠، **المستدرك على الصحيحين،** تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط١، ج١ ص١٦٢، دار الكتب العلمية بيروت.

ابن حبان، **صحيح بن حبان،** تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة ١٩٩٣ بيروت ٢٧٠/١ قال الحاكم صحيح على شرط الشيخين لم يخرجاه.

(٣)البخاري، علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (المتوفى ٧٣٠هـ)، كشف **الأسرار عن أصول فخر الإسلام** البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، نشر ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ج١ ص١١، ط١، دار الكتب العلمية-بيروت.

الزركشي، **البحر المحيط** في أصول الفقه، مصدر سابق، ج١ ص٢٢.

وعرّفه الطّوفي بأنّه : العلمُ بالأحكام الشّرعية الفرعية منْ أدلّتها التفصيلية بالاستدلال(١).

وفي المقدّمة لابن خُلدون، الفقه هو : معرفةُ أحكام الله تعالى في أفعال المكلّفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة، وهي متلّقاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشّارع لمعرفتها من الأدلة، فإذا استُخرجت الأحكام من تلك الأدلّة قيل لها فقه(٢). وقد درج الأصولّيون على اختيار تعريف البيضاوي للفقه لما فيه من زيادة تفصيلية وتوضيحية لمعنى الفقه تتناوله بالتحليل في أنّ الفقه : هو العلمُ بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية(٣).

الإرادة المنفرة :

أ) الإرادة :

أولاً : الإرادة في اللغة : الإرادة مصدر الفعل أرادَ، وأرادَ الشيءَ شاءَه وأَرادَه أحَبّه. أرادَ الجدار أن ينقضّ : تهيأ للسقوط، والإرادة أي المشيئة(٤).

وإراديّ (مفرد) اْسمٌ منسوب إلى إرادة، ناجمٌ عن إرادة الشيء الحرة، كان عمله إرادياً أي تمّ باختياره(٥).

---

(١)الطوفي، نجم الدين، أبو الربيع، سليمان بن عبد القوي بن الكريم (ت٧١٦هـ)، **شرح مختصر الروضة**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، نشر ١٤٠٧-١٩٦٧، ج١ ص١٣٣، ط١، مؤسسة الرسالة. كما روى الخطيب البغدادي عن أبي اسحق الفيروزآبادي.

(٢)ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، **كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر** المعروف بالمقدمة، ج١ ص٤٩٣، دار الجيل بيروت.

(٣)السبكي، علي بن عبد الكافي، **الإبهاج في شرح المنهاج** على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، تحقيق جماعة من العلماء نشر ١٤٠٤هـ، ج١ ص٤٦، ط١، دار الكتب العلمية- بيروت.

البيجوري، إبراهيم، **حاشية الشيخ إبراهمي البيجوري** على شرح العلامة ابن القاسم الغزّي على متن الشيخ أبي شجاع، ضبطه وصححه محمد عبدالسلام هارون، ج١ ص٣٤، نشر ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ط٢ دار الكتب العلمية بيروت.

(٤)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج٣ ص١٨٧.

مصطفى، إبراهيم وآخرين، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، ج١ ص٣٩٤..

(٥)عمر، د.أحمد مختار عبد الحميد، ط ١٤٢٩-٢٠٠٨م، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، ط١ ج٢ ص٩٥٨، عالم الكتب.

ثانياً : الإرادة عند الفقهاء : الإرادة في استعمال الفقهاء تعني : القصد، أي التزام الفعل والالتجاء أي التزام الفعل والالتجاء إليه، فيقولون في طلاق الكناية مثلاً : إنْ أراد به الطّلاق وقع طلاقاً وإن لم يرد به طلاقاً لم يقع طلاقاً، ويقولون في الأيمان : يُسأل الحالف عن مراده، **ويقولون في العقود** : يشترط لصحتها تلاقي الإرادتين(١).

والإرادة : مفهومٌ يقترن بالرغبة والاختيار أو السعي فيه، بحيث يكون مناطها القصد وموطنها الذهن(٢).

وفي التعريفات : الإرادة : صفة توجب للحي حالاً يقع منه الفعل على وجه دون وجه **وفي الحقيقة هي** ما لا يتعلق دائما إلّا بالمعدوم فإنها صفة تُخصّصُ أمراً ما لحصوله ووجوده كما قال الله تعالى إنما أمره إذا أراد شيئا أن يقول له كن فيكون(٣).

ومن هنا يتبين أنّ كلّ اختيار لا بُدّ أن يشتمل على الإرادة.

ب) المنفردة :

أولاً : المنفردة في اللّغة : من الفرد : الوتر، والجمع أفرادٌ وفُرادى على غير قياس، كأنّه جمع فردان. وظبية فاردة : انقطعت عن القطيع، وأفردته : عزلته، وأردتُ إليه رسولاً، وأفردت الأنثى أي وضعت واحداً فهي مفردٌ، وتقول لقيتُ زيداً فردينِ إذا لم يكن معكما أحد، وتفرّدتُ بكذا واستفردتُه إذا انفردَ به، انفرد بالأمر استبدّ ولم يشرك معه أحدٌ وبنفسه خلا، وتفرّد بالأمر انْفرد(٤).

---

(١)المقدسي، شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن مفلح بن مفلح بن مفرج، المتوفى٧٦٣، ط١٤٢٤هـ، **الفروع** ومعه تصحيح الفروع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١ ج٩ ص١٣٨ مؤسسة الرسالة. البعلي، الحنبلي، أبو عبد الله، محمد بن أبي الفتح، ط١٤٠١ه-١٩٨١، المطلع على أبواب الفقه، تحقيق محمد بشير الأدلبي. ص٣٤٠، المكتب الإسلامي.

(٢)المظفر، الدكتور محمود، ط١٤٢٣، **نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية**، ط١ ص٣٣، دار حافظ.

(٣)الجرجاني، علي بن محمد بن علي نشر١٤٠٥، **التعريفات**، تحقيق إبراهيم الإبياري، ط١ ص٣٠ دار الكتاب العربي بيروت.

(٤)الجوهري، أبو نصر، إسماعيل بن حماد، ط١٩٩٠، **الصحاح**، تاج اللغة وصحاح العربية،، ط٤، ج٣ ص٨٠، دار العلم للملايين بيروت.

ويقال ظبيةٌ مُنْفَرِدَةٌ أي انقطعت من القطيع...وناقةٌ فاردة ومفرادٌ أي تنفرد في المراعي، والذَّكر فارد لا غير[1].

ثانياً : المنفردة في الاصطلاح :

ويُطلق على الإرادة المنفردة في القانون المدني الأردني (التّصرف الانفرادي) الذي هو : كلّ تعبير عن الإرادة يتمّ وينتج أثره بإرادة صاحبه وحدها[2].

كما نُلاحظ من التعريفات السابقة أنها عبّرت عن اتجاهات فلسفية بحتة بعيدة عن أي اتجاه فقهي وإن صدرت عن فقهاء، فهي لا تنسجم مع مسلك الفقهاء بوجه خاص، إذ أنّ الإرادة عندهم لا تعدو عن كونها أمراً نفسياً ضميرياً مما لا يمكن لأحد الإطلاع عليه أو الوقوف على حقيقته إلا بعد الإفصاح عنه[3].

قد تكون الإرادة مستقلة لإنتاج أثرها القانوني وقد تحتاج إلى إرادة أخرى تشترك في إيجاد الأثر القانوني.

فقُسّمت التصرفات القانونية الملزمة والقائمة على الإرادة إلى :

١- تصرّف قانوني ثنائي سُمّي العقد.

٢- تصّرفٌ قانوني أُحاديّ سُمّي الإرادة المنفردة.

فالعقد تصرّفٌ قانونيّ يقوم على ارتباط إرادة بأخرى تطابقها لإحداث أثر ملزم ومعتدّ يه قانوناً[4]، ويتوجّب لإلزام العقد إرادتان متطابقتان يترتب عليهما أثرٌ يعترف به القانون.

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، مادة (فرد) ج٣ ص٣٣١.
الرازي، أبو بكر، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، ص٥١٧.
مصطفى، إبراهيم ومجموعة، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، ج٢ ص٦٧٩.
عمر، د.أحمد مختار عبد الحميد، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، مصدر سابق، ج٣ ص١٦٨٦-١٦٨٧.

(٢)أنظر **القانون المدني الأردني** المادة (٢٥١).

(٣)المظفر، د. محمود، نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٤)المظفر، د.محمود، ط١٩٨٧، **مبادئ القانون والالتزامات**، ط١ ص١٢٠.

والذي أختارُه أنّ الإرادة المنفردة تصَرّف قانوني صادر من جانب واحد يتّجه لإحداث أثر مُلزِم ومعتدّ به قانوناً دون أن يتوقف على إرادة أخرى تقابله.

القانون المدني الأردني :

أولاً : القانون في اللّغة : القانون مقياسُ كلّ شيء، وكان فلاسفةُ المسلمين يقصدون به القاعدة المطّردة أي التي تستمر وتستقر وفقاً لنظام ثابت، وبهذا المعنى يطلق القانون على النظم التي لها طابع الاستمرار والاستقرار في كافّة المجالات، كما نقول في ميدان العلوم الطبيعية مثلاً قانون الكون، وقانون الجاذبيّة الأرضية الذي يُراد به القاعدة المستقرّة بانجذاب الأجسام وسقوطها إلى الأرض كلما أُلقيت في الفضاء[١].وفي الدّولة الإسلامية نَدَرَ استعمال لفظ القانون أثناء سيادة أحكام الشريعة، فكانت تستعمل مكانه كلمة الشرع والشريعة والحكم الشرعيّ، ولم يكثر استعمال لفظ القانون إلاّ منذ منتصف القرن التاسع عشر حيث قامت الدولة العثمانية بسنِّ تشريعات وضعية[٢]، كإصدار قانون المرابحة العثماني لعام ١٣٠٩-١٧٨٧ ثم شاعَ استعمالُ اللّفظ بعد استقلال بعض الدول العربية وإقدام سلطاتها على سنِّ التشريعات وإصدار التقنينات، وقد اقتصر معناه في البدء على النصوص المشرعة المدونة، ثم تعددت معانيه واتّسع نطاق مدلوله برسوخ وشِيع استعمالُه[٣].وقد يُطلق اصطلاح القانون للدّلالة على فرع معين من فروعه فيُقال القانون الدستوري (الدستور) وقانون العمل والقانون المدني .

ثانياً : القانون في الاصطلاح : يُطلق استعمال مصطلح القانون ويُراد به معنى عام ومعنى خاصّ، فإذا كان لفظ القانون يفيد لغة القاعدة المضطردة أو النّظام المستمر والمستقرِّ في كافّة المجالات والعلوم، إلاّ أنّه في مجال العلوم الاجتماعية وخصوصاً الدراسات القانونية له معنيين اثنين، أحدُهما عامٌ والآخر خاصّ :

---

(١)عيد، د.إدوارد، ط١٩٨٧، **الوجيز في المدخل إلى علم القانون**، ص٥، مطبعة غُنم بيروت.

(٢)المحمصاني، صبحي، **فلسفة التشريع في الإسلام**، مصدر سابق، ص١٧.

(٣)البكري، عبد الباقي، ط١٩٧٢، **المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية**،ج١ ص٣٦ دار النشر جامعة بغداد.

أ- المعنى العام :

القانون : هو النّظام الذي تجري وفقاً له علاقاتُ الأشخاص في المجتمع، أو مجموعةُ القواعد التي تَجعلُ هذه العلاقات تسير على وتيرة واحدة وطبقاً لنظام ثابت[1]. فهو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم، فأُطلق من هذا المعنى العام لفظ القانون على العلم أو الجهة والأشخاص الذين يَبحثُون في مجموعة تلك القواعد، فيُقال كلّية القانون وأساتذة القانون ومجلّة القانون[2].

نُلاحظ أنّ هذا المعنى يشابه المعنى اللّغويّ، إذ يعني النظام الذي يجب على الأفراد أن يسيروا على مقتضاه في سلوكهم وعلاقاتهم، وهو الذي يجب أنْ يُستفاد من لفظ القانون إذا أطلق.

ب- المعنى الخاص :

هو كل قاعدة أو مجموعة من القواعد تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين، فيقال قانون التوظيف أو قانون العمل أو قانون الخدمة الوطنية.. والمقصود به التشريع الصادر بتنظيم مسائل معينة[3].

ويُستعمل القانون بمعنى التقنين الذي هو مجموعة النّصوص القانونية التي تنظم فرعاً من فروع القانون، مثل التقنين المدني أو تقنين العقوبات أو تقنين الأسرة.

كما يُستعمل بمعنى التشريع الذي هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في صورةٍ مكتوبةٍ دون غيرها من القواعد التي تنشأ من المصادر الأخرى.

أولاً : مفهوم القانون المدني :

وهو يأتي دائماً على رأس القائمة باعتباره الشريعة العامة التي تَحكُم العلاقات الخاصّة فيما بين الأفراد، ما لم يحكمها نصّ في فرع آخر من فروع القانون الخاص، تأسيساً على قاعدة - ما من عامٍ إلاّ وقد خُصّص - ومع ذلك فإن قاعدة القانون المدني

---

(١)قاسم، محمد حسن، ط١٩٩٧، **مبادئ المدخل إلى القانون والالتزامات**،ص١٠ كلية الحقوق جامعة الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر.

(٢)مرقس، سليمان، **المدخل للعلوم القانونية**، مصدر سابق ص٦٥.

(٣)مرقس، سليمان، المصدر سابق ص٦٥.

تكون دائماً واجبةُ التّطبيق في المواد التجارية، إذا لم يوجد نصٌّ خاصٌ في القانون التجاري، وينطبق ذلك على باقي فروع القانون الخاص.

وتلك التي تنظّم علاقات الفرد المالية، ويُطلق عليها قواعد المعاملات، أو الأحوال العينية[1]، وفي معظم دول العالم يشتمل القانون المدني، على النصوص التي تحكم مجموعتين هامتين من العلاقات، وهي علاقات الأسرة، والعلاقات المالية.

العلاقات المالية بين الأفراد التي هي الأحوال العينية، هي عادة شخصية أو عينية، فالشخصية التي هي الحقوق المالية التي تترتب لشخص معين يسمى الدائن على شخص آخر يسمى المَدين، ويعبّر عن حق الأول بحق الدائنيّة، ويعبّر عن حق الثاني بحق المديونية أو الالتزام، وهي قواعد تعنى بتعريف المال وتحديد أنواعه والقوائد الخاصة بالالتزامات والعقود المختلفة كالبيع والإيجار.

والحقوق العينية يقصد بها تلك العلاقات التي بمقتضاها تنشأ سلطة لشخص معيّن على شيء معيّن بموجبها يكون له حق استعمال ذلك الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه، مثل حق الانتفاع وحق الملكية.

وقد جرى العمل في الدول العربية على أن يتضمّن القانون المدني أحكام تنظيم العلاقات المالية فقط، ويَستقلّ قانون آخر بتنظيم الأحوال الشخصية يُطلق عليه قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بتنظيم علاقات الأسرة التي تساير دائماً قواعد الدين وأحكامه.

وفي الأردن يستقلّ قانون الأحوال العينيّة الذي هو القانون المدني بجانب من أحكام هذه المجموعة من العلاقات، مع مراعاة أنّ الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تعتبر في الدول الإسلامية من الأحوال الشخصية خلافاً لما تعتبره الدول الغربية التي تدخله ضمن الأحوال المالية.

---

(١)الخليلي، حبيب إبراهيم، مدخل العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، مصدر سابق ص١٦٥.

ثانياً : القانون المدني الأردني :وُضِع مشروع القانون المدني الأردني مقتبساً من مجلة الأحكام العدلية ومن كنز شريعتنا الغرّاء مضافاً إليه من الأحكام ما يتطلبه تعامل العصر الحديث، ويعدّل ما يحتاج إلى تعديل .بعد ذلك أُقرّ إصدار القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦ والذي اشتمل على ١٤٤٧ مادة قانونية موزعة على أربعة كُتب تحتوي فصولاً قانونية تشتمل على تلك المواد، **وكانت موزعة على النحو التالي** :

١-الكتاب الأول : خُصّصَ للحقوق الشخصية التي تشتمل على مصادر تلك الحقوق وما يتعلق بها وآثار الحق والأحكام المتعلقة به.

٢-الكتاب الثاني : خُصّص للعقود وأنواع العقود وأحكامها.

٣-الكتاب الثالث : خُصّصَ للحقوق العينية كحقّ المُلكية والحقوق المتفرِّعة عنه والوقف والحقوق المجرّدة وأحكامها.

٤-الكتاب الرابع : خُصّصَ للتأمينات العينية والرهن والأحكام العامة المتعقلة بحقوق الامتياز.

يتضح لنا مما سبق : أن القانون المدني الأردني اقتصر على تنظيم العلاقات المالية وما يتعلق بها والمقصود بها الحقوق العينية وأحكامها، واستثنى الأحوال الشخصية وما يتعقل بها من شئون الأسرة والزواج والطلاق في قانون منفصل أُطلق عليه قانون الأحوال الشخصية.جاء في المادة (١) من القانون المدني الأردني : " يسمى هذا القانون (القانون المدني الأردني) ويُعمل به بعد مرور سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية "[١]

وقد أعتمدَ القانونُ المدني الأردني على النصوص الشرعية في غالب موادّه وبناها على القواعد الشرعية المستمّدة من المذاهب الفقهية والأصولية.

وجاء في المادة (٢) من القانون المدني الأردني :

" ١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النّص .

---

(١)**المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، نقابة المحامين سنة ٢٠٠٠، ص٣٧، إعداد المكتب الفني بإدارة الحامي إبراهيم أبو رحمة وعضوية المحامي محمد إستانبولي والمحامية دورين بطرس.

٢- فإذا لم تجد المحكمة نَصّاً في هذا القانون حَكَمتْ بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فان لم توجد فبمُقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- فان لم توجد حَكَمتْ بمُقتضى العُرف، فإنْ لم توجد حَكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويُشترط في العُرف أنْ يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطّرداً ولا يَتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أمّا إذا كان العُرف خاصّاً ببلدٍ معين فيسري حكمه على ذلك البلد .

٤- ويُسترشد في ذلك كلّه بما أقره القضاء والفقه على أنْ لا يتعارض مع ما ذكر".

جاء الرأي في صياغة هذه المادة الأخذ بطريقة المشروع الأردني، كما رُؤي التصريح بأنّه إذا لم يوجد نصّ في القانون، يرجع لأحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، ويختار منها الأكثر موافقة لنصوصِ القانون، وإذا لم يوجد ينتقل لمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك لأنّ ما يتميّز به هذا المشروع هو اعتماده على أحكام مجلة الأحكام العدلية[1] والفقه الإسلامي فإنْ لم يوجد ينتقل لأحكام القواعد العامة.

وقد فرّق المشروع بين أحكام الفقه الإسلامي وبين مبادئ الشريعة الإسلامية، فالأحكام مدونة في الكتب الفقهية والمبادئ تستخلص من نصوص الكتاب ولا السُنّة كالأمر بالعدل والمساواة والنّهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وكقاعدة الخراج بالضّمان، ولم يرد المشروع الاقتصار على أحكام المذهب الحنفي بل عمّم العبارة حتى تشمل كل مذاهب وآراء الفقه الإسلامي ليتسع أمام القاضي معيّن الحكم فيتيسر له أنْ يختار ما هو أكثر موافقة لأحوال هذا الزمان [2].

وجاء في المادة (٣) من القانون المدني الأردني : "يرجع في فهم النصّ وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي".

---

(١)والتي هي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاب أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء،صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة ١٢٩٣ه ١٨٨٢م، وهو أول تدوين للفقة الإسلامي في المجال المدني في إطار بنود قانونية، على مذهب الإمام أبي حنيفة النُعمان.

(٢)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١ ص٣٨.

تثبت هذه المادة ما يتميّز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله، خصوصاً أن أصول الفقه هو عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسب ما ارتضاه أئمة ذلك العلم وقواعد اللغة العربية.

فالإرادة المنفردة : عبارة عن مفهوم يقترن بالرغبة والاختيار أو السعي فيه بحيث يكون مناطها القصد .

وهي في القانون : تصرف قانوني صادر من جانب واحد يتّجه لإحداث أثر ملزمٍ ومعتدّ به قانوناً دون أن يتوقف على إرادة أخرى تقابله .

هل الإرادة المنفردة مصدرٌ للالتزام ؟

الالتزام في اللّغة :الالتزام والإلزام مصدرُهما مادة واحدة (لزم). فالإلزام في اللّغة بمعنى الثبوت والوجوب، فيُقال : لَزِم الشيء يلزم لزوماً ثبت ودام، ويُتعدى بالهمزة فيقال : ألزمته أي أثبتّه وأدّيته. وألزم فلاناً الشيء : أوجبه عليه... والالتزام في اللّغة بمعنى إرادة شغل الذمّة بشيء، التزم الشيء أو الأمر : أوجبه على نفسه، والتزمته اعتنقته فهو ملتزم، والتزمته بمعنى جعلته في عُنقي[(١)].

ولَزمتُ الشيءَ لُزوماً ولِزاماً ـ ولزِمتُ به ولازمتُه، وألزَمَهُ الشيء فالتزَمَه، والالتزامُ أيضاً الاعتناق[(٢)].

الالتزام في الاصطلاح : الذي تعرّض لتعريف الالتزام من الفقهاء هو الفقيه المالكي الحطّاب، حيث تعرّض لفكرة الالتزام في بحث مستقل بذاته جمع فيه مسائله في الفقه الإسلامي، حيث عرّفه بقوله : " إنْ مدلول الالتزام لغة إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له، وهو بهذا المعنى شامل للبيع والإجارة والنكاح وسائر العقود. وأمّا في عرف الفقهاء – والكلام للحطّاب – فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية، وقد يُطلق في العُرف على ما هو أخصّ من ذلك،

(١)مصطفى، إبراهيم ومجموعة، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، ج٢ ص٨٢٩-٨٣٠.
الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، مصدر سابق، فصل اللام.
(٢)الرازي،**مختار الصحاح**، مصدر سابق، باب اللام (لزم).

وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عُرف الناس اليوم "[1].ولقد عرّفها الشيخ الزرقا بقوله : " فالالتزام هو كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره " [2].وقد ركّز على ناحية الالتزام الشخصية وبعضهم ركّز على ناحيته الموضوعية والبعض الآخر مزج الناحيتين معاً . فإذا نظر إلى الالتزام من خلال طرفيه تبين لنا أنه يقتضي وجود علاقة قانونية بين دائنٍ ومَدين تُخوّل الدائن إجبار مَدينِه على القيام بعملٍ أو الامتناع عنْ عملٍ وتُسمّى هذه بالنظرية الشخصية، وهي نظرة تغلب في الالتزام العنصر الشخصي الذي يتمثل في العلاقة بين طرفيه على العنصر المادي[3].

وعرفه الدكتور شفيق شحاتة بقوله : " الالتزام في جوهره هو دائماً عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين.

وعنصر الطلب هذا هو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين، وهذا الارتباط يسميه الفقهاء " المطالبة " ثم ذكر أن الرابطة الإلزامية التي تربط الشخصين لم ينظر إليها الفقهاء على أنها رابطة شخصية، فهي تصبغها عندهم صبغة مادية بحتة"[4].يقول الدكتور السنهوري : " الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعرناه من الفقه الغربي وإلا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير وسنرى أن سبب ذلك يرجع إلى أن ما نسميه بالحق الشخصي أو الالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض، ولم يحاول علماء الفقه الإسلامي أن يدمجوا هذه الروابط في وحدة تنتظمها جميعاً فيعبروا عنها بالحق الشخصي أو الالتزام "[5].

---

(١)عليش، محمد بن أحمد، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام** لمحمد الحطاب، انظر كتاب فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ محمد بن أحمد بن عليش ١٢٩٩.

(٢)الزرقا، مصطفى أحمد، ط١٤٢٠، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي،** ص٦١-٩٣ دار القلم دمشق.

(٣)حجازي، د.عبد الحي، نشر ١٩٥٤م، **النظرية العامة للالتزام،** ج١ ص٤٣، مطبعة نهضة مصر.

السنهوري، د.عبد الرزاق أحمد، ط١٩٦٤ **الوسيط في شرح القانون المدني،** ط٢ ج١ ص١٢٥، دار النهضة العربية.

(٤)شحاتة، د.شفيق، النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية ، ج١ ص١٩٧.

(٥)السنهوري، د.عبد الرزاق أحمد، **مصادر الحق**،ط١٩٦٧، ج١ ص١٤ معهد البحوث والدراسات العربية.

وقد اقتصر السنهوري على اعتبار الالتزام في الفقه الإسلامي بمعنى الالتزام والضمان، وإن كان قد اكتفى بعد ذلك باستعمال لفظ الالتزام بمعناه في القانون الوضعي.حيث يقول : يستعمل فقهاء الشّرع الإسلامي أحياناً لفظ الإلتزام ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ونادراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد، أمّا الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، تقصيرية كانت أو عقدية، فتسمى بالضّمانات، فإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهياً يقابل لفظ الالتزام بالمعنى المعروف في الفقه الغربي، وجب أن نستعمل تعبيرين هما الالتزام والضّمان، ولا نكون بعد ذلك قد استنفذنا جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرها المختلفة فلنقتصر إذن على لفظ الالتزام بمعناه المعروف في الفقه الغربي[(١)].والفقهاء يفرّقون بين الالتزام والإلزام، وقد تعرضوا لذلك في تعرفيهم للذمة فذكروا إن الذمّة هي أمرٌ أو وصفٌ يصيرُ به المكلف أهلاً للإلزام أو الالتزام، فالإلزام يكون من الغير أو من سُلطة حاكمة كما عبّر بذلك بعض الفقهاء والالتزام يصدر ابتداء من الشخص الملتزم اختياراً من قبل نفسه أي إن اختلاف المصدر المباشر لكل من الإلزام هو فيصل التفرقة بينهما [(٢)].هذا وبالرّغم من التفرقة بين الالتزام والإلزام إلا أن نتيجتها في النهاية واحدة. لأنّ النّتيجة أنّ المَدين سواء التزم ذلك من تلقاء نفسه أو ألزمه الشرع به فإنّ ذلك يكون ثابتاً في ذمته لا ينفك عنها إلا بأداء ما التزم به أو أُلزم به. ولأن إلزام الشارع في حدّ ذاته ينشأ عنه إلتزام بالنسبة لمن ألزمه الشارع، أي فهو بسبب إلزام الشارع يكون ملزماً بما ألزمه الشارع به، يقول الأستاذ الزرقا : " والالتزام أثر عام لجميع العقود بلا استثناء فما مِن عقدٍ صحيحٍ إلا ويُنشئ التزاماً معيناً على أحد عاقدَيه أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما هي الآثار الخاصة للعقد" ويقول " أنّ الإلزام أي إنشاء الالتزام بوجه عام هو أثر عام في كل عقد"[(٣)].

---

(١)السنهوري، **مصادر الحق**، مصدر سابق، ج١ ص١٤. شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ج١ ص١٨٨.

(٢)العطار، د.عبد الناصر توفيق، **الالتزام بين الشريعة والتشريعات العربية**، ص١٧مطبعة السعادة القاهرة.

(٣)الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، مصدر سابق، ج١ ص٤٣٦-٤٣٨.

مدى أخذ القانون المدني بالإرادة المنفردة

حكم التصرف الانفرادي : تُعدّ الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام (الحق الشخصي) وينعقد التصرف بالإرادة المنفردة وحدها، أي أن الالتزام يقع على المتصرف نفسه ولا يلزم غيره ولكن بشرط أن يأتي التصرف الانفرادي موافقاً لما يقضي به القانون من شروط الانعقاد والصحة، مستوفياً شروط محله، مشروعاً من حيث القصد .

جاء في المادة (٢٥١) من القانون المدني الأردني :

١-تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلّق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد. وذلك ما لم ينُصّ القانون على غير ذلك.

٢-ويبقى الإيجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به.

فمتى تقرّر مبدأ انعقاد التصرف بمجرد الإرادة المنفردة تعيّن سريان أحكام العقود عليه **ويترتب على ذلك :**

أ) وجوب توافر أهلية التعاقد في الملتزم.

ب) خلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب.

ت) قيام التزامه على محل ومقصد[1].

وجاء في المادة (٢٥٢) من القانون المدني الأردني : إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وعليه إذا ترتب على هذا الالتزام أثرُه من توَلّد الحق لصاحبه وإجبار الملتزم به على أدائه فأن الملتزم لا يستطيع أنْ يرجع في تصرفه الانفرادي إلّا إذا نص القانون على خلاف ذلك كما في الوصية حيث يبقى الرجوع في الوصية ممكناً إلى حين الوفاة.

---

(١)المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١ ص ٢٧٣.

وجاء في المادة (٢٥٣) من القانون المدني الأردني على أنّه :

"١- إذا كان التصرف الانفرادي تمليكاً فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله.

٢-إذا كان إسقاطاً فيه معنى التمليك أو كان أبراءً من دين فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولكن يرتد برده في المجلس.

٣-إذا كان إسقاطاً محضاً فيثبت حكمه ولا يرتد برد.

٤-كل ذلك ما لم ينصّ القانون على خلافه."

تناولت هذه المادة حكم التصرف الانفرادي سواء أكان إثباتاً أم إسقاطاً، والإثبات يقصد به إثبات حق لآخر كالهبة والوصية، والإسقاط يقصد به إنهاء حق لا إلى مالك بإزالته نهائياً كإسقاط حق الخيار أو إسقاط حق الشفعة.

فإذا كان التصرف تمليكاً فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله لأنّه لا يصح تمليك شخص شيئاً دون رضاه.

والإسقاط لا يرد على الأعيان لأنّها لا تتلاشى بقول يصدر من مالكها، إنّما يرد على الحقوق فهي التي تتلاشى، كحقّ الملكية وحق الرهن وحق الارتفاق وحق الحبس، ويشترط في الحقوق التي يرد عليها الإسقاط أن تكون موجودة فعلاً، فلا يجوز إسقاط الحقوق قبل وجودها لأن إسقاط الساقط محال.

ويجب التفرقة بين الإسقاط المحض والإسقاط المتضمن معنى التمليك : ومثال المحض إسقاط الخيار، وإسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشُفعة إذْ يترتب عليه زوال الحق نهائياً فلا ينتقل إلى شخص آخر، ولذا فإنه يتم بالإرادة المنفردة دون حاجة إلى قبول ولا يرتدّ بالرد ولا يجوز الرجوع فيه كما سبق أن ذكرنا.

أمّا إذا كان الإسقاط يتضمّن معنى التمليك فيكون له شبهتان : شبهة الإسقاط وشبهة التمليك. والإسقاط في هذه الحالة يتم أيضاً دون حاجة إلى قبول، ولا يجوز الرجوع فيه من المسقِط، ولكنه يرتدّ بالرد في المجلس لما فيه من معنى التمليك، ومثاله هِبة الدّيْن للمدين والإبراء من الدّيْن.

ويُشترط في الإبراء أنْ يكون الدّين محل الإبراء موجوداً فعلاً وقت صدوره وأنْ يكون معيناً، ومتى وقع الإبراء صحيحاً سقط الحق فلا يعود نزولاً على قاعدة السّاقط

لا يعود[1].وللإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدانٌ فسيحٌ نراها فيه تنتج آثاراً قانونية متنوعة، فهناك أولاً تصرفات وهي عقود في الفقه الغربي و تتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة، وهناك ثانيا تصرفات بإرادة منفردة في كل من الفقهين الإسلامي و الغربي، وفوق ذلك فإن مذهب الإمام مالك قد بلغ في هذا مبلغ الفقه الجيرماني[2] فقد جعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام.والمشرع الأردني وان تبع نهج الفقه الإسلامي بشأن التصرف الانفرادي إلا انه استبعد تطبيقات هذا التصرف التي لم يعد لها وجود..كتلك المتعلقة بالرقيق كالإعتاق والإذن للعبد في التجارة والحجر عليه كما لم يتعرض إلى التصرفات الانفرادية الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية كالطلاق والتفويض فيه..لاقتصار القانون المدني على المعاملات المالية..وترك المشرع أيضا الإشارة إلى الأحكام التفصيلية لكل تصرف من التصرفات الانفرادية إلى موضعه من التقنين..كالإيجاب الملزم وإسقاط الحق في الخيار أو استعماله وإجازة العقد الموقف وفسخ العقد والوصية والوقف وإسقاط الشفعة والكفالة وردها وعزل الوكيل..الخ

القواعد التي تضبط حكم التصرف الانفرادي

١ - **للمتصرف بالإرادة المنفردة التصرف دون التوقف على القبول**.

جاء في المادة (٢٥٠) من القانون المدني الأردني : " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبقاً لما يقضي به القانون " وفي المادة (٢٦١) من قانون المعاملات العربي الموحّد[3]" يجوز أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة دون التوقف على قبول الالتزام من المستفيد في كل موضوع يقرر فيه القانون ذلك "واللزوم بوجه عام قد يتخلّف عن بعض العقود،

(١)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١ ص٢٧٤-٢٧٥

(٢)ترجع أصول النظام الجرماني إلى القانون الروماني وقد نشأ في البر الأوروبي منذ القرن الثاني عشر للميلاد .

(٣)القانون المدني الموحّد على أساس الفقه الإسلامي كما أقرتها اللجنة العامة لتوحيد التشريعات بجامعة الدول العربية بناءً على المذكرات التأصيلية والصيغ التي وضعتها لجنة خبراء الأمانة العامة في الدائرة القانونية في جامعة الدول العربية بتونس سنة ١٩٨٤م.

فيستطيع كلٌ من الطرفين أو أحدهما فقط أن يتحلّل من رابطة العقد ويفسخه بمجرد إرادته دون توقف عن رضا الطرف الآخر[1].

٢- تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود :

وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥١) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها:

١)" تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلاّ ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد، وذلك ما لم ينصّ القانون على غير ذلك".

٢)" ويبقى الإيجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به "[2].

فمتى تقرر نشوء التصرف بالإرادة المنفردة وحدها فأنه يخضع لأحكام العقود إلا ما تعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين وتطابقهما ما لم ينصّ القانون على غير ذلك وهذا ما أكّدته المادة (٢٥١) من القانون المدني الأردني.

ويبقى الإيجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به وكل ذلك يقتضي :

١- أن يتمتع المتصرف بالأهلية اللازمة للالتزام.

٢- أن تخلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب.

٣- قيام التزامه على محل مستوفي لشرائطه القانونية.

٤- أن يوجد لهذا الالتزام سبب وان يكون سببه مشروعاً.

٣- إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز الرجوع فيه :

جاء في المادة (٢٥٢) من القانون المدني الأردني : " إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينصّ القانون على غير ذلك "[3].

التصرف الصادر من جانب واحد يمتاز بنشوئه بإرادة واحدة دون حاجة إلى قبول، مما يميّزه عن العقد الذي لا يتم إلاّ بإيجاب وقبول.

---

(١)الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، مصدر سابق، ج١ ص٥٢٤.

(٢)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأرني، مصدر سابق، ج١ ص٢٧٣.

(٣)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج١ ص٢٧٣.

ولا بدّ من ملاحظة أن التصرف حتى تكون له قوته الملزمة يجب أن تكون إرادة صاحبه قد انصرفت إلى إلزام نفسه دون انتظار قبول المتصرَّف إليه، لذلك لا يكفي انصراف النية إلى مجرد الإيجاب، لأنه لا بد لهذا الإيجاب من قبول حتى ينعقد العقد وينشأ الالتزام الذي يراد ترتيبه بالعقد، أما قبل القبول فللموجب خيار العدول عن إيجابه وهو غير ملزم بالبقاء عليه، وهذا الحكم لا يسري على الإيجاب الملزم الذي هو تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة، حيث يلزم الموجب نفسه بإرادته بمدة يبقى فيها على إيجابه ولا يجوز أن يعدل عنه(1).

٤ - إذا كان التصرف الانفرادي تمليكاً لا يثبت حكمه إلا بقبول مَنْ وُجّه إليهِ ويثبت حكمه في حالات :

جاء في المادة (٢٥٣) من القانون المدني الأردني :

" إذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله.

وإذا كان إسقاطاً فيه معنى التمليك أو كان إبراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه ولكن يرتد برده في المجلس.

وإذا كان إسقاطاً محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد.

كل ذلك ما لم ينصّ القانون على خلافه "(2).

الإسقاط يقصد به إنهاء حق لا إلى مالك، وذلك بإزالته إزالة تامة كإسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة وإسقاط حق الخيار.

فإذا كان التصرف تمليكاً فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه بقبوله لأنه لا يجوز تمليك شخص شيئاً بغير قبوله.وإذا كان التصرف إسقاطاً فإن الحق يتلاشى نهائياً بالإرادة المنفردة دون حاجة إلى قبول، ولا يرتد بالرد ولا يصح الرجوع فيه، لأن أثره السقوط والساقط لا يعود.وهناك من التصرفات ما فيها الشبهان : شبه بالإسقاط وشبه بالتمليك كهبة الدين للمدين، والإبراء من الدين بالإسقاط لا يتوقف حكمه على القبول ولا يقبل الرجوع فيه من المسقَط، ولشبهه بالتمليك يرتدّ بالرد.

---

(١)المصدر سابق، ج١ ص٢٧٣.

(٢)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج١ ص٢٧٤.

٥- صاحب الوعد مُلزَمٌ لغيره بما وعد ما لم يكن مانع من موت أو إفلاس.

جاء في المادة (٢٥٤) من القانون المدني الأردني :

١-الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال وقد يقع على عقد أو عمل.

٢- ويلزِم الوعدُ صاحبَه ما لم يمت أو يفلس[١].

إنّ ما يفرضه الشخص على نفسه بإرادته المنفردة في الفقه الإسلامي قد يكون مقصوده إلزام الإنسان نفسه في الحال ، وهذا ما يسميه الفقهاء المسلمون (بالالتزام) وهو يعني تعهد شخص بإرادته المنفردة بأن يقدم لغيره في الحال ، مالا أو منفعة وعلى سبيل المعروف ، وهو قد يأتي مطلقاً أو معلقاً على شرط.

وإذا كان لفظ الالتزام في الفقه والقانون الوضعيين يدل على علاقة بين دائن ومدين يكون بموجبها للأول مطالبة الثاني بأداء مالي معين ، فأنّ الالتزام في الفقه الإسلامي يعبر عن الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة ، فيقال فيه المطلوبات المترتبة على الالتزام ، أي الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة ويدخل في الالتزام الصدقة والهبة والعارية في بعض مذاهب الفقهاء، والمنحة والإرفاق والنذر وغيرهما من التصرفات التي يشير إليها الفقهاء . أما إذا كان ما فرضه الإنسان على نفسه مضافاً إلى المستقبل ولم يأت على سبيل الالتزام في الحال فيسمى عندئذٍ (وعد) وهو الذي نظّمه القانون المدني الأردني في المادة أعلاه ، والوعد قد يقع على عقد ، كأنْ يعد شخصٌ آخرَ بإيجاره عقاراً أو يقع على عمل كأن يعِده ببنائه داراً.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن الوعد بالإرادة المنفردة يختلف عن الوعد بالتعاقد الذي نظمته المادتان (١٠٥) (٢٠٦) من القانون المدني الأردني[٢]، فالأول يتم بتصرف

---

(١)المصدر سابق، ج١ ص٢٧٧.

(٢)المادة ١٠٥- ١- الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

انفرادي في حين أن الثاني عقد أسماه المشرع الأردني (عقد الوعد) فهو لا يتم إلا بإرادتين متطابقتين ، كما أن الوعد بالإرادة المنفردة قد يرد على عقد أو على عمل ، في حين أن الوعد بالتعاقد موضوعه دائماً إبرام عقد في المستقبل.

وأخذ القانون المدني الأردني استجابة لمبدأ الوفاء بالعهود الذي تفرضه الأديان والأخلاق وحسن النية في المعاملات بين الناس كما نصت المادة آنفة الذكر على أنه يلزم الوعد صاحبه ما لم يمت أو يفلس.

٦- من وعد بجائزة مقابل القيام بعمل، له الرجوع عن وعده إذا لم يعيّن لوعده أجل :

جاء في المادة (٢٥٥) من القانون المدني الأردني : "

١- من وَجّهَ للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عنْ عملٍ معيّن وعين له أجلاً التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة .

٢- وإذا لم يعيّن الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للكافة على ألاّ يؤثر ذلك في حق من أتمّ العمل قبل الرجوع في الوعد ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان العدول عن الوعد "[(١)].

عادة ما يحدد الواعد مدة لوعده يشترط أنْ يتمّ العمل في خلالها ، عندئذ يلتزم بالبقاء على وعده خلال هذه المدة ولا يجوز له العدول عنه قبل ذلك ، وقد أطلق البعض على هذا الوعد تعبير (الوعد الملزم) مقارنه بالإيجاب الملزم ، فإنْ انقضت هذه المدة من غير أن يقوم أحد بالعمل تحلّل الواعد من وعده والتزامه ، وإنْ أنجز شخص هذا العمل بعد نهاية هذه المدة يكون لهذا الأخير الرجوع على الواعد على أساس الإثراء بلا سبب ، فأن قام أحدٌ بالعمل خلال المدة المحددة في إعلان الوعد أصبح دائناً للواعد بمبلغ الجائزة سواءٌ أكان يعلم بالوعد عند قيامه بالعمل أم لم يكن يعلم به ، وسواءٌ أقام بالعمل قبل الإعلان عن الجائزة أم بعده.وقد لا يحدّد الواعد مده يجب القيام بالعمل في خلالها ، فله عندئذ الرجوع عن وعده مادام لم يقم احد بالعمل وقد أطلق البعض

المادة ١٠٦- إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد

(١)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج١ ص٢٧٩-٢٨٠.

على هذا الوعد تعبير (الوعد غير الملزم) مقارنه بالإيجاب غير الملزم ويجب الرجوع بوسائل الإعلام ذاتها التي تم بها الوعد وإلا فلن يكون للرجوع أثر، وإذا قام احد بالعمل قبل الرجوع استحق الجائزة ولو لم يكن عالما بالوعد عند قيامه بها ، وحتى ولو قام به قبل الوعد ولكن على المستفيد الذي أتم العمل قبل الرجوع أن يرفع دعوى مطالبه بالجائزة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ عدول الواعد.

الفصل الأول

تطبيقات تصرفات الإرادة المنفردة

المبحث الأول

الوصية

المطلب الأول

مفهوم الوصية

أولاً : معنى الوصية في اللغة :

من وصّى إليه وله بشيء جعله له، وفلاناً عهد إليه وفلاناً جعله وصيُّه يتصرّف في أمره وماله وعياله بعد موته .فتطلق الوصية على فعل الموصى وعلى ما يوصى به من مال أو تصرف، وقد اصطلح على إطلاق لفظها على التمليك، والوصية هي الإيصاء، وتُطلق بمعنى العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر، حال حياته أو بعد وفاته، يقال : أوصيت له أو إليه : جعلته وصيّاً يقوم على من بعده. وهذا المعنى اشتهر فيه لفظ: الوصاية. وتطلق أيضاً على جعل المال للغير، يقال : وصيت بكذا أو أوصيت، أي جعلته له. والوصايا جمع وصية تعمّ الوصية بالمال، والإيصاء أو الوصاية والوصية[1].

ثانياً : الوصية في الاصطلاح :

عند الحنفية : اختلفت عبارات الحنفية في تعريف الوصية على معنيين :

أولّهما: أن الوصية : اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته[2].

---

(١)الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، باب الواو ج١ ص٧٤٠.

ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق ج١٥ ص٣٩٤-٣٩٥.

مصطفى، إبراهيم **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، ج٢ ص١٠٣٨.

الفيومي، الحموي، أبو العباس، أحمد بن محمد بن علي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ج٢ ص٦٦٢، المطبعة الميمنية مصر

(٢)الكاساني، علاء الدين بن مسعود، ط١٤٢٦-٢٠٠٥، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق محمد محمد تامر، ج١٠ ص٥٠٥-٥٠٦ دار الحديث القاهرة .

ثانيهما: أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عيناً كان أو ديناً، بطريق التبرع[1].

عند المالكية :

عرّف المالكيةُ الوصيةَ بأنها : عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعد وفاته[2].

من مزايا هذا التعريف أنّه بالإضافة إلى دلالته على عناصر الوصية يدلُّ على بعض أحكامها منها : أنّ الوصية عقد، وأنّها عقد غير لازم في حياة الموصي، وتُصبح عقداً لازماً بعد الوفاة وأنّها تكون في حدود الثلث ولا يجوز في أكثر من ذلك إلا بإجازة الورثة، وأنّ الموصى به قد يكون حقاً وقد يكون نيابة عنه بعد وفاته كما في الإيصاء.

عند الشافعية : كما اختلفت عبارات الشافعية في تعريف الوصية على معنيين :

أولّهما: أنّ الوصية : إثبات تصرفٍ مضافٍ لما بعد الموت [3].

من الملاحظ على هذا التعريف أنه يبيّن أن الوصية إنما هي إثبات تصرّفٍ.

ثانيهما: أن الوصية : عبارة عن العهدِ على من يقوم على أولاده بعده[4].

وكذلك هنا أطلقها بتعبيره (على أولاده) مع أنها تكون أقوى في المال ضعيفة في النفس.

---

(١)ابن عابدين، ط١٤٢١-٢٠٠٠، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج٦ ص٦٤٧ دار الفكر للطباعة والنشر بيروت.
الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن (المتوفى ٧٤٣هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** وحاشية الشلبي، ج٦ ص١٨٢، نشر ١٣١٣هـ، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق القاهرة.
باشا، محمد قدري، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، نشر ١٣٠٨هـ، ص١٧، ط٢، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق-مصر.

(٢)عليش، محمد بن أحمد، ط١٤٠٩-١٩٨٩، **شرح منح الجليل على مختصر خليل**، ج٤ ص٦٤٢، دار الفكر بيروت.
الدسوقي، الشيخ محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ج٤ ص٤٢٢، دار الفكر بيروت.

(٣)الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، ت٩٢٦ه، ط١٤٢٢-٢٠٠٠، **أسنى المطالب شرح روض الطالب** (شرح لكتاب روض الطالب لابن مقري اليمني إسماعيل بن أبي بكر (ت٨٣٧ه)، تحقيق د محمد محمد تامر، ط١ ج٣ ص٦٧ دار الكتاب الإسلامي بيروت.
الشربيني، الخطيب محمد، **الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، نشر ١٤١٥هـ، ج٢ ص٣٩٢، دار الفكر بيروت.

(٤)الرملي، محمد بن أبي العباس، أحمد بن حمزة (المتوفى : ١٠٠٤هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٦ ص٤٠، دار الكتب العلمية بيروت.

عند الحنابلة :عرفها الحنابلة بقولهم : الوصية بالمال هو التبرع به بعد الموت، أو هي الأمر بالتصرف بعد الموت[1].

ونلاحظ على هذا التعريف شموليته للتعريفات المتقدمة، فتناول الوصية بالمال، والتجهيز، والوصية بمعنى العهد، وغيرها من التصرفات التي نيطت بالموت.

وفي التعريفات : أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[2].

يتضح لنا من التعريفات السابقة أنها جميعها متقاربة ومتوافقة في المعنى والمقصد والألفاظ، غير أنّ تعريف الحنفية لم يشمل الوصية بمعنى العهد كما في التعريفات الأخرى.

ويتبيّن لنا من التعريفات السابقة حقيقتان :

أ) أنّ الوصية تكون بالمال كما تكون بالتصرف بعد الموت.

ب) أنّ الموصى به قد يكون عيناً أو منفعة أو إبراءً عن دين.

ولقد اتفق الفقهاء على أنّ القبول لا يكون إلاّ بعد الوفاة ولا عبرة في حياة الموصي، واتّفقوا على أنّه لا يشترط أنْ يكون القبول فور وفاة الموصي بل يثبت على التراخي[3].والوصية التزام من جانب الموصي، وقد تتمّ بإيجاب الموصي وحده دون حاجة إلى قبول من الطرف الآخر فيما إذا كانت الوصية لغير معين كالفقراء أو جهة عامة لأنه يتعذر القبول في حقها، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء. أما إذا كانت الوصية لشخص معين فإنها لا تتم إلا بقبوله لأنه لا يملك الوصية إلا بالقبول، لأنّ الوصية من

---

(١)ابن قدامة، شمس الدين، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد (ت٦٨٢ه)، **الشرح الكبير**، ج٦ ص٤١٤ مطبعة المنار مصر.

ابن قدامة، موفق الدين، عبد الله بن أحمد بن محمد (ت٦٢٠ه)، **المغني** في فقه الإمام أحمد، ط١٤٢٥ه، تحقيق د محمد شرف الدين خطاب و د السيد محمد السيد ج٨ ص١١٣ دار الحديث القاهرة.

(٢)الجرجاني، **التعريفات**، مصدر سابق، ج١ ص٣٢٦.

(٣)السرخسي، شمس الدين أبو بكر، محمد بن ابي سهل، **المبسوط**، تحقيق خليل محيي الدين الميس، نشر ٢٠٠٠م، ج١٢ ص١١٤، ط١، دار الفكر بيروت.

الدردير، أبو البركات، أحمد بن محمد العدوي (المتوفى ١٢٠١هـ)، **الشرح الكبير**، تحقيق محمد عليش، ج٤ ص٤٥٦، دار الفكر بيروت.

الشربيني، محمد الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٣ ص٥٣ .

عقود التمليكات، وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة [1].ويرى زُفر من الحنفية أنّ الوصية تتم بإيجاب من الموصي فقط دون حاجة إلى قبول من الموصى له المعيّن، لأنّ ركن الوصية الإيجاب وحده قياساً على الميراث لأن كلاً تمليك بعد الموت، فكما أن ملك الوارث لا يفتقر إلى قبول منه كذلك ملك الموصى له [2].

ثالثاً : الوصية في القانون :

عرّفها القانون المدني الأردني كما في المادة (١١٢٥) : " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ". وهذا التعريف مستمدٌّ من المادة (٨٦) من كتاب مرشد الحيران والتي تضمنّت : أنّ الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع [3].

وهو تعريف عام شامل كلّ أنواع الوصايا، من التمليكات والإسقاط الذي هو في معنى التمليك كالوصية بالإبراء من الدَّين، والإسقاط المحض كالوصية بإبراء الكفيل، كما يشمل الحقوق التي ليست مالاً ولا منفعة ولا إسقاطاً، لكن لها تعلق بالمال كالوصية بتأجيل الدين.

وقد عرّفها القانون العراقي بأنها : " تصرّف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عِوض "[4].

---

(١)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق ج٧ ص٣٣١.
الرملي،**نهاية المحتاج**، مصدر سابق، ج٦ ص٦٥.
المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج ٦ ص١٥٦.
الدسوقي، **الحاشية** ، مصدر سابق، ج٤ ص٣٧٧.
(٢)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق ج٧ص ٣٣١.
(٣)قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، مصدر سابق، ص١٥ .
(٤)قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المادة (٦٤) وقريب منه المادة الأولى من قانون الوصية المصري النافذ والقانون السوري النافذ، والفصل (١٧١) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة (٢٠٤) من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

المطلب الثاني

حكم الوصية

أولاً : أدلة مشروعيتها :

اتفق الفقهاء على مشروعية الوصية(١)، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

١- **من الكتاب :**قال تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ ﴾ (سورة لبقرة: الآية١٨٠). وجهُ دلالة هذه الآية الكريمة، أنّ الله تبارك وتعالى فرض الوصية على من حضَرَه الموت وكانَ له مال – على خلاف في مقداره – أنْ يعهد بهذا المال لمنْ ترك، كما اختلف العلماء في وجوبها، وأكثرهم على أنّها غير واجبة إنما كانت ندباً وإرشاداً(٢). والله سبحانه وتعالى فرَضَ الوصية للوالدين والأقربين قبل نزول آيات المواريث، وبنزول هذه الآيات ارتفع الوجوب وبقيت المشروعية وفق الضّوابط التي بيّنَها الشارعُ الحكيم في مواطنَ أخرى(٣). وقال تعالى : ﴿...مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ۗ ... ﴾ (سورة النساء: الآية١١). ووجه الدّلالة من هذه الآية الكريمة بيان تأكيد الوصية وتقديمها على الدَّين مع أن الدَّين يخرج قبلها، لما كانت أكثر لزوماً منْ الدَّين، فقُدّمت اهتماماً بها، وقيل لكثرة وقوعها فصارت كالأمر اللّازم لكلِّ ميّت(٤). قال

---

(١)المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (المتوفى٥٩٣هـ)، تحقيق طلال يوسف، ج٤ ص٥١٣، دار إحياء التراث.
ابن قدامة، المقدسي الحنبلي، (المتوفى٦٢٠هـ)، تحقيق د.عبد الله بن عبد المحسن التركي، نشر ١٩٩٧، ج٥ ص٤، ط١، دار هجر مصر.

(٢)القرطبي، الأنصاري، أبو عبد الله محمد بن أحمد (المتوفى٦٧١هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، نشر ١٤٢٥ه-٢٠٠٥م، ص٢٠٤ ج٢، ط١ مكتبة الصفا- مصر.

(٣)الطبري، **جامع البيان**، مصدر سابق، ج٢ ص١٤٧.

(٤)خان، محمد صديق حسن، ١٣٤٧هـ-١٩٢٩م، **نيل المرام في تفسير آيات الأحكام**، ص١١، المطبعة الرحمانية – مصر.

تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَـٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٍ مِّنكُمۡ أَوۡ ءَاخَرَانِ مِنۡ غَيۡرِكُمۡ إِنۡ أَنتُمۡ ضَرَبۡتُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَأَصَـٰبَتۡكُم مُّصِيبَةُ ٱلۡمَوۡتِۚ ...﴾ (سورة المائدة: الآية ١٠٦). **وجه الدلالة أنَّ الله تعالى ندَبَ للإشهاد على الوصية، والندبُ للإشهاد على أمر يدلّ على مشروعيته مما دلّ ذلك على مشروعية الوصية.**

٢- السنة : روى سعد بن أبي وقاص ﷺ **قال : جاءَني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوَدَاع من وجع اشتدّ بي، فقلت : يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلاّ ابنة، أفتصدّق بثلثي مالي ؟ قال : (لا) قلت : فبالشَّطر يا رسول الله ؟ قال (لا) قلت : فبالثلث ؟ قال : (الثلثُ والثّلثُ كثير، إنّك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ منْ أنْ تذرهم عالَة يتكفّفون النّاس)[1].**

في الحديث دليل على مشروعية الوصية وأنّ الموصي يجوز له أن يستوعب الثلث من ماله بالوصية، وأن لا يجاوز الثلث سواء كان له وارث أو لم يكن، والأَولى أنْ يَنقُص عن الثلث، لقوله ﷺ (والثلث كثير) مما يدلّ على أصل مشروعية الوصية[2].

وعن ابن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال (ما حقّ امرئ مسلم له ما يوصى فيه يبيت ليلتين إلاّ ووصيته مكتوبة عنده)[3].

---

(١)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم(٢٧٤٤) ج٤ ص٤، رقم(٥٣٥٤) ج٧ ص٨١، رقم(٥٦٥٩) ج٧ ص١٥٢ بألفاظ مختلفة عن سعبد بن أبي وقاص ﷺ.
مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، (٤٢٩٦) ج٥ ص٧١، رقم (٤٣٢٠) ج٧ ص٧٢.
السجستاني، أبو داود، **سنن أبي داود**، مصدر سابق، رقم(٢٨٦٦) ج٣ ص٧١.
الترمذي، السلمي، أبو عيسى، محمد بن عيسى، **سنن الترمذي**، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، ج٤ ص٤٣٠، دار إحياء التراث العربي بيروت.
النسائي، أبو عبد الرحمن، أحمد بن شعيب، ط١٤٠٦-١٩٨٦، **المجتبى من السنن**، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، رقم (٣٦٢٦) ط٢ ج٦ ص٢٤١، مكتبة المطبوعات الإسلامية حلب.
(٢)البغوي، الحسين بن مسعود، تحقيق شعيب الأرناؤوط و محمد زهير الشاويش، نشر ١٩٨٣، **شرح السنة**، ج٥ ص٢٨٤، ط٢، المكتب الإسلامي-دمشق-بيروت.
(٣)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٢٧٣٨) ج٤ ص٢.
مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٤٢٩٢) ج٥ ص٧٠.

يدَلّ الحديث على المبادرة بالوصية وكتابتها، والمعنى من هذا الحديث أنّه لا يمضي على المسلم زمان وإنْ كان قليلاً إلاّ ووصيته مكتوبة، والوصف بالمسلم بهذا الحديث لا يدلّ على عدم الوصية من الكافر، وقد سلك ابنُ حجر في ذكر وصفه بالمسلم مسلكين :

الأول : أنّه خرج مخرج بالغالب، فلا مفهوم له.

الثاني: أنّه ذُكر لتقع المبادرة لأمثاله، لأنّه هو الذي يهتمّ بالثواب العائد إليه في الآخرة[1].

٣- الإجماع :

أجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية، ولم يخالف أحد في مشروعيتها فكان هذا إجماعاً منهم[2] .

٤- المعقول :

من المعقول : لأن تشريع العقود والتصرفات إنما هو لقضاء حاجة الناس وتحصيل مصالحهم، فالوصية من التصرفات التي يحتاج الناس إليها، ولذلك لأن الإنسان يحتاج إلى أن يختم حياته بعمل يتقرّب به إلى الله تعالى وأن يتدارك ما قصّر فيه من أعمال الخير في حياته، وسبيله إلى ذلك الوصية، فتكون مشروعة كسائر العقود والتصرفات التي يحتاج إليها الناس[3].

---

(١)العسقلاني، أبو الفضل، ابن حجر أحمد بن علي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ج٥ ص٣٥٧، نشر ١٣٧٩هـ، دار المعرفة بيروت.
النووي، شرح **صحيح مسلم**، مصدر سابق، ج٦ ص٧٥.

(٢)ابن المنذر، النيسابوري، أبو بكر محمد بن إبراهيم المتوفى(٣١٨ه)، **الإجماع**، تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيففؤاد عبد المنعم أحمد، ١٤٢٠-١٩٩٩، ص١٠٠، ط٢، مكتبة الفرقان- عجمان.
الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٨.

(٣)براج، جمعة محمد، **أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية**، ص١١٥، دار يافا العلمية عمّان الأردن.

ثانياً : حكمة مشروعيتها :

١-تدارُك ما فات الإنسان من أعمال الخير والبرّ وزيادة حسناته مما يقربه إلى الله عزّ وجل في آخر حياته[١].

٢-التمكين من العمل الصالح وقد أصبح الإنسان من الموت قاب قوسين أو أدنى فيتدارك بذلك ما قصّر فيه من أعمال حال حياته.

٣-مكافأة من أسدى إليه معروفاً في حياته والمحافظة على الروابط الاجتماعية[٢].

٤-الإحسان والبرّ في صلة الرحم والأقارب غير الوارثين خاصة الفقراء منهم في سدّ حاجتهم وفقرهم[٣].

ثالثاً : حُكم الوصية : اختلف الفقهاء في حكم الوصية بعد نزول آيات المواريث على ثلاثة أقوال :**الأول** : مذهب **الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة** [٤]، أنّه يستحبّ للمسلم أن يوصي بجزءٍ من ماله لمن ترك خيراً، قال تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ ﴾ (سورة البقرة: الآية١٨٠)، فالآية الكريمة تدلّ على وجوب الوصية إلاّ أنّ وجوبها للوالدين والأقربين نُسخَ بآيات المواريث[٥].

---

(١)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٢ ص٦.
(٢)الزحيلي، ، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلّته**، ج٨ ص١١، نشر ١٩٨٩، ط٣، دار الفكر – دمشق .
(٣)الزحيلي، **الوصايا والوقف**، ص١٥.
(٤)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢٧ ص٢٦٠.
الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد (المتوفى١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك** حاشية الصاوي على الشرح على الشرح الصغير، ج٤ ص٥٧٩، دار المعارف.
الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، ج٦ ص٤٠.
البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، **كشاف القناع عن متع الإقناع**، تحقيق محمد أمين الضناوي، نشر ١٩٩٧م، ج٣ ص٥٣٩، ط١، عالم الكتب بيروت.
ابن قدامة، المقدسي، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١١٨.
ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، مصدر سابق، ج٦ ص٦٤٨
(٥)ابن العربي، **أحكام القرآن**، مصدر سابق، ج١ ص١٠٢. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج٢ ص٢٦٢.

وعن أبي هريرة ﷺ قال ﷺ : (إنّ الله تصدّق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم) [(١)]، وقوله ﷺ لسعد ﷺ (إنّك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تدعهم عالة يتكففون الناس) [(٢)].

وأنّه ﷺ مات ولم يوصِ، ولو كانت الوصية واجبة لفعلها ﷺ قبل موته [(٣)].

وأنّه أكثر الصحابة ﷺ لم يُنقل عنهم وصية ولم يُنقل لذلك نكير[(٤)].ومما احتجّ به الجمهور أن الوصية تبرّع بعد الوفاة، فهو مستحب كالتبرّع في حال الحياة [(٥)].

الثاني : مذهب **داود الظاهري وطاووس وقتادة** أنّ الوصية واجبة للأقرين الذين لا يرثون[(٦)]. قال تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ ١٨٠ ﴾ (سورة البقرة: الآية١٨٠)... وجه الدلالة أن الآية الكريمة توجب الوصية للوالدين والأقربين لأن (كَتَبَ) بمعنى فَرَضَ، وأنّ تحديد الموصى لهم بيّنته الآية الكريمة بالوالدين والأقربين بآية المواريث وبقي حكم الوصية على أصله الوجوب في حق من لا يرث من الأقربين[(٧)].

الثالث: ابن حزم من الظاهرية أن الوصية فرض على كل من تركَ مالاً [(٨)]. قال تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ فَإِن كُنَّ

---

(١)ابن ماجة، **السنن**، مصدر سابق، ج٤ ص١٤ رقم (٢٧٠٩).وفي الزوائد في إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحد.
الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد (المتوفى ٧٦٢هـ)، **نصب الراية لأحاديث الهداية** مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد عوامة، نشر ١٩٩٧م، ج٤ ص٣٩٩-٤٠٠ وقال إسناده ضعيف، ط١، مؤسسة الريان للطباعة والنشر بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية جدة.

(٢)تقدّم تخريجه ص٣٣

(٣)القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٥٤. ابن حجر، **فتح الباري**، مصدر سابق، ج٥ ص٣٦٢.

(٤)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١١٥.

(٥)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٥٩.

(٦)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١١٤. ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٩ ص٣١٢.

(٧)الجصاص، **أحكام القرآن**، مصدر سابق، ج١ ص٢٣١. ابن حزم، **المحلى**، ج٩ ص٣١٤.

(٨)ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٩ ص٣١٢.

نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ۚ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ۗ ... ﴾ (سورة النساء: الآية١١).

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى أوجب الميراث في أول الآية وأوجب الدَّين والوصية قبل الميراث، فالمفرّق بينهما مبطل بلا دليل، وإنّما يبطل من الوصية ما أبطله الله تعالى، وحيث أنه سبحانه لم يبطل شيئاً فيبقى الوجوب على إطلاقه دون تقييد [١].وما رواه ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال : (ما حقّ امرئ مسلم يوصي فيه يبيت ليليتين إلاً وصيته عنده مكتوبة) [٢].. الحديث بظاهره يدلّ على وجوب الوصية والمبادرة إلى فعلها فتكون واجبة.

الراجح : الرأي الأول رأي الجمهور القائل باستحباب الوصية لقوة أدلّتهم.

ومع ذلك لا ينبغي أن نغفل عن الوصية، ولأنّه لا يأمَن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته فإن اختار أنْ يُوصي فالمستحبّ ألاّ يؤخر الوصية، فقد رغّب النبيُ ﷺ فيها فقال : (ما حقّ امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلة أو ليلتين إلاّ وصيته مكتوبة عنده)[٣].

أي ما الحزم أو المعروف إلاّ ذلك، لأن الإنسان لا يدري متى يفجأه الموت.

والأفضل للمسلم أنْ يفعل ذلك في حال صحته، ويقدّم ما يوصي به من البرّ في حياته، عن أبي هريرة ﷺ قال : سئل رسول الله ﷺ : أيّ الصدقة أفضل؟ قال : (أنْ تتصدّق وأنتَ صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت

(١)داود،أحمد محمد علي، **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون**، ص١٤٨، ط٢، دار الثقافة-عمّان.
(٢)سبق تخريجه ص٣٣
(٣)سبق تخريجه في ص٣٧.

الحلقوم قلتَ : لفلان كذا، ولفلانٍ كذا) [1].كما يحرم ما يكون فيه قصد الإضرار بالورثة ومنعهم من أخذ نصيبهم المقدّر في الشريعة، قال تعالى: ﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ ﴿١٢﴾﴾ (سورة النساء: الآية ١٢).

---

(١)البخاري، **الصحيح**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٣٤، رقم (١٤١٩)، باب فضل الصدقة.
مسلم، **الصحيح**، مصدر سابق، ج٢ ص٧١٦، رقم (١٠٣٢)، كتاب الزكاة.
أبو داود، **السنن**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٦، رقم (٢٨٦٥)، باب ما جاء في كراهية الإضرار بالوصية.
قال الألباني : حديث صحيح.

المطلب الثالث

الأساس القانوني لقيام الوصية

عرّف القانونُ المدني الأردني الوصيةَ في المادة (١١٢٥) أنّها : " ١) تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت. ٢) ويكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به.

يُستفاد منْ بعض النّصوص القانونية وشروحها : أنْ الوصية تصرف قانوني ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصي، إذ أنّه بمجرد وجود العبارة الدالّة على إرادة الشخص لتصرّفٍ معيّن في تركته بعد وفاته تعتبر الوصية قد وُجدت بحكم القانون[١]، فهي تنصرف إلى تكوين حقّ عيني أو شخصي، غير أنّ القانون جعل القبول بعد الوفاة شرطاً للزوم الوصية كما في المادة (١١٢٥) من القانون المدني الأردني[٢]، وثبوت ملكية الموصى به[٣] .

وقد جاء في المادة (٢٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " التصرفات التي تصدر في مرض الموت بقصد التبرّع والمحاباة تلحق بالوصية وتسري عليها أحكامها"[٤]

وتقييد الوصية بكونها مضافة إلى ما بعد الموت للاحتراز عن تبرّعات المريض مرض الموت المنجزة حال حياته، فإنها وإن كانت تأخذ حكم الوصية من حيث أنها لا تنفّذ إلاّ في حدود الثلث إلاّ أنها تنتج أثرها في حياة المتصرف ولذلك لا تعتبر من الوصايا.

ومرض الموت كما جاء في نص المادة (٥٤٣/١) من القانون المدني الأردني : " مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحالة قبل مرور سنة، فإنْ امتدّ مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح "

---

(١)أبو زهرة، **شرح قانون الوصية**، مصدر سابق، ص١٤.

(٢)القانون المدني الأردني المادة (١١٢٥).

(٣)المظفر، نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاته القانونية والشرعية، مصدر سابق، ص١٧٥.

(٤)**قانون الأحوال الشخصية**، قانون رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٥٠٦١) تاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧.

حيث يستفاد مما سبق في النصّ أنه يشترط لتطبيق هذه المادة أن تتوفر شروط ثلاثة يعتبر مرض موت وهي :

١-أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء مباشرتها وليس واجباً أن يلزم المريض الفراش.

٢-أنْ يغلب فيه الهلاك مثل المرض الخطير الذي ينتهي عادة بالموت ويرجع في تقدير غلبة الهلاك إلى رأي الأطباء.

٣-أن ينتهي بالموت فعلاً.وقد أخضع القانونُ الوصيةَ كسببٍ من أسباب كسب الملكية لأحكام الشريعة الإسلامية والنّصوص التشريعية المستمدّة، كما جاء في المادة (١١٢٦) من القانون المدني الأردني : " تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها "، فهي التي تحدد الأحكام الموضوعية للوصية كالأحكام المتعلقة بالقدر الذي يجوز الإيصاء به. وهل تجوز الوصية لوارث ؟ وهل تتم بالإيجاب وحده ؟ وأحكام الرجوع في الوصية. وكيفية انتقال المال الموصى به إلى الموصى له وغير ذلك...

المطلب الرابع

أركان الوصية

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الوصية على قولين :

القول الأول : قول **الجمهور الشافعية والمالكية والحنابلة**، أن أركان الوصية أربعة : الصيغة، والموصي، والموصى له، وموصى به.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه إلى أنه لا بد من اعتبار هذه الأمور الأربعة كلها أركاناً مع الصيغة لأنه بدونها لا يمكن أن نتصور وجود وصية(١).

القول الثاني: **الحنفية** وقد اختلفوا في ركن الوصية على قولين :

١- قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف أنّ ركن الوصية الإيجاب والقبول، كسائر العقود مثل الهبة والبيع، إذْ لا يثبت ملك إنسان باختياره من غير قبوله وسعيه، ولأنّ إثبات الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به، بخلاف الميراث، فإنّ الملك فيه ثبت جبراً من الشارع، فلا يشترط فيه القبول. والمراد بالقبول : ما يكون صريحاً مثل قبلت، أو دلالة كموت الموصى له بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد. ولا يصح قبول الوصية إلاّ بعد موت الموصي، فإنْ قبل الموصى له بعد موت الموصي، ثبت له ملك الموصى به، سواء قبضه أو لم يقبضه. فإنْ مات بعد موت الموصي قبل القبول أو الرد، انتقل الموصى به إلى ملك ورثته(٢).

---

(١)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٢.

الماوردي، علي بن محمد بن الحبيب (المتوفى ٤٥٠ه)، ط١٤١٤-١٩٩٤، **الحاوى الكبير**، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، ط١ ج٨ ص٥٢٠ دار الكتب العلمية ـ بيروت.

النووي، أبو زكيا، محيي الدين يحيى بن شرف(المتوفى : ٦٧٦هـ)، ط١٤٢٣-٢٠٠٢، **المجموع شرح المهذب**، ج١٥ ص٤٠٩، دار الكتب العلمية بيروت.

البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤٥.

العثيمين، محمد بن صالح بن محمد (المتوفى ١٤٢١ه)،ط **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، دار ابن الجوزي ط١ ١٤٢٢ ـ ١٤٢٨ هـ ١١/١٨٥

(٢)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٦ ص١٨٤.

قدري باشا، **مرشد الحيران** المادة (٩٣)، مصدر سابق، ج١٠ ص١٦٥.

٢-قول زفر إلى أن ركن الوصية هو الإيجاب فقط، بقوله أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها، واستدلّ بأن الصّيغة وحدها هي التي تُنشئ الوصية وتوجدها، يدُلّ على ذلك أنّ الموصى والموصى له والموصى به قد وجدوا جميعاً قبل الصيغة ومع ذلك لم توجد الوصية بوجودهم وهذا يدل على أنّ الصيغة وحدها هي التي تستقل بإيجاد الوصية وأن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لأنّ كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله، فكذا ملك الموصى له[١].

الراجح من هذه الأقوال هو رأي **الجمهور** من أنّ أركان الوصية أربعة، صيغة وموصي وموصى له وموصى به، لأنّه بعدم وجود ركن منها لا يمكن أن نتصور وجود وصية والله أعلم.

الركن الأول : الصيغة :

هي ما يُنشئ به الموصي وصيته من لفظٍ أو كتابةٍ أو إشارة. والصيغة تتكون من شطرين أحدهما يسمى الإيجاب والأخر يسمى القبول، فالإيجاب : هو الذي يصدر من الموصي بقوله أوصيت فلان أو أوصيت له بكذا أو ادفعوا إليه أو أعطوه بعد موتي. والقبول : هو الذي يصدر صراحة من الموصى له بقوله قبلت الوصية أو بأي لفظ أو فعل يدلّ على القبول.ولإيضاح الصيغة كركن من أركان الوصية، لا بدّ لنا من البحث في المسائل التالية :

المسألة الأولى : طرق إنشاء الوصية وكيفية انعقادها :

تنعقد الوصية بأحد طرق ثلاث ألا وهي : العبارة أو الكتابة أو الإشارة المفهمة :

١-**العبارة** : لا خلاف بين الفقهاء في انعقاد الوصية بأي لفظ صريح يدلّ على معنى الوصية، وذلك كأنْ يقول الموصي : أوصيتُ لفلان بكذا أو جعلتُ له ثلث تركتي أو لفلان هذا المال. وكذلك انعقادها بغير الصريح الذي يُفهم منه الوصية بالقرينة مثل علتُ له بعد موتي كذا أو اشهدوا أنّي أوصيتُ لفلان بكذا[٢].والمقصود بالعبارة كل

---

(١)الحصكفي،محمد بن علاء الدين بن علي، **الدر المختار**(المتوفى : ١٠٨٨هـ) ط١٣٨٦ شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة:ج٦ ص٦٥٠ دار الفكر بيروت.

(٢)البابتري، محمد بن محمد بن محمود، (المتوفى ٧٨٦هـ)، **العناية شرح الهداية**، ج١٠ ص٤١٢، نشر١٩٧٠، ط٢، دار الفكر بيروت.

عبارة ملفوظة تفيد معنى الوصية ودلّت عليه بأيّ نوع من أنواع الدلالات وبأية لغة من اللغات.

٢-**الكتابة** : كذلك لا خلاف بين الفقهاء في صحة انعقاد الوصية بالكتابة إذا صدرت من عاجز عن النطق بلسانه، كالأخرس، ومثله عند الحنفية والحنابلة معتقل اللسان إذا امتدت عقلته أو صار ميئوساً من قدرته على النُّطق[١].

وعند الشافعية تصحّ وصية معتقل اللسان كالأخرس بالكتابة أو الإشارة كالبيع وقال هما سواء [٢]. وهذا ما أخذ به القانون، فلم يفرّق بين القادر على النُّطق وغير القادر عليه، واعتبر الوصية بالكتابة الصادرة من كليهما صحيحة [٣].

وتنعقد الوصية من قادر على النطق إذا ثبتَ أنّه خط الموصي بإقرار وارث، أو بيّنة تشهد أنّه خطّه وإنْ طال الزمن، فلو كتبها ولم يره أحد ثم مات فإنّه يقبل ما فيها إذا كان خطّه مشهوداً، وهو الراجح عند الحنابلة[٤].

الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٤.
الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (المتوفى٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، نشر ١٤١٦هـ، ج٨ ص٥١٧، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.
ابن قدامة، المقدسي، **المغني**، ج٨ ص١١٧.
القليوبي، شهاب الدين محمد بن أحمد بن سلامة (المتوفى١٠٦٩هـ)، **حاشية قليوبي** على شرح جلال الدين المحلّي على منهاج الطالبين، تحقيق مكتب البحوث١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ج٣ ص١٦، دار الفكر بيروت.

(١)ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين** ، مصدر سابق، ج٦ ص٧٣٨.
النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف،ط١٤٠٥ه، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ج٦ ص١٤١ المكتب الإسلامي بيروت.
الدسوقي، **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٤ ص٤٥١.
الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٧ ص٥٥.
البهوتي، الشيخ منصور بن يونس بن إدريس(المتوفى)١٠٥١ه)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد ج٢ ص١٧٣ دار عالم الكتب الرياض.

(٢)الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، مصدر سابق، ج٦ ص٤٢٦.

(٣)قانون الأحوال الشخصية الأردني ٢٠١١/١/١٦ المادة (٢٥٦) : " تنعقد الوصية بالعبارة إن كان الموصي قادراً عليها وإلا فبالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت بالإشارة المعلومة"

(٤)المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٠١.

وعند الحنفية والمالكية تنعقد الوصية إذا كتبها الشخص بيده ثم أشهدَ وقال : اشهدوا على ما في هذا الكتاب[1].

والدليل على جواز الوصية الاكتفاء بالكتابة، أن الكتابة لا تقل بياناً في بيان المراد عن العبارة، بل هي أقوى منها في حال الحاجة إلى الإثبات.

٣-**الإشارة المفهمة** : عند الحنفية كتابة الأخرس كإشارته، في حال عدم القدرة على الكتابة فلا بدّ من أن تكون إشارة الأخرس معهودة[2].

وقال ابن نجيم : " أمّا إشارة غير الأخرس فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف، والفتوى على أنه إنْ دامت العُقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه "[3].

وعند المالكية تنعقد الوصية بالإشارة المفهمة ولو كان قادراً على النطق، دليلهم أن الوصية من قبيل التبرعات والتبرعات ينبغي التوسع فيها[4].

وعند الشافعية وصيّة من اعتقل لسانه صحيحة بإشارته[5].

وعند الحنابلة كما في الُمغني " وتصحّ وصيّة الأخرس إذا فُهمت إشارته ؛ لأنّها أُقيمت مقام نُطقه في طلاقه ولِعانه وغيرهما، فإنْ لم تُفهم إشارته، فلا حكم لها وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي، وغيرهما "[6]

---

(١)البابرتي، الحنفي، ابن الهمام قاضي زاده، ط ١٣١٨ هـ **شرح فتح القدير مع تكملته نتائج الأفكار**، وبهامشه شرح العناية على الهداية وحاشية سعدي جلبي على شرح العناية. ج٨ ص٥١١ ط١ المطبعة الكبرى الأميرية بمصر.
الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٣ ص٣.

(٢)ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، زين العابدين بن إبراهيم(المتوفى٩٧٠ه) ط ١٤٠٠ه-١٩٨٠م، الأشباه والنظائر، ص٣٤٣، دار الكتب العلمية بيروت.

(٣)ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص٣٤٤.

(٤)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٤.
الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٤.

(٥)الأنصاري، شيخ الإسلام زكريا، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، تحقيق د.محمد محمد تامر، نشر ١٤٢٢هـ-٢٠٠٠م، ج٣ ص٤٢، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.

(٦)المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٤١.

وقد بيّنت المادة (٢٥٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني طرق إنشاء الوصية، حيث نصّت على أنّه : " تنعقد الوصية بالعبارة إن كان الموصي قادراً عليها وإلا فبالكتابة، فإذا كان الموصي عـاجزاً عنـهما انعقـدت بالإشارة المعلومة "[١].

وقد جاء في المادة (١١٢٧) من القانون المدني الأردني : " لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية إو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلاّ إذا وجدت أوراق رسمية محررة بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها " والكتابة المطلوبة على مختلف صورها ليست إلاّ لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية، فهي وحدها الدّليل على إثبات الوصية[٢].

المسالة الثانية : قبول الوصية :

أولاً : وقت قبول الوصية :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ وقت القبول يبدأ من تاريخ وفاة الموصي، فلا عبرة بقبوله الذي حصل في حياة الموصي، فلو قبل في حياته لم يُغنِ ذلك عن ضرورة الإعراب عن قبوله بعد الوفاة، كما أنّه لا عبرة بردّه حال حياة الموصي، فلو ردّ في حياته لم تبطل الوصية ولم يسقط حقه فيها، وله بعد وفاة الموصي أن يقبل إذا أراد ما لم يكن الموصي قَبِل منه الردّ، فإن ذلك يبطل الوصية لا من ناحية كون الرد قد وقع صحيحاً بل من جهة أن قبول الموصي لهذا الرد يفيد رجوعه عن الوصية، والرجوع عن الوصية يبطلها[٣].

قال الكاساني : " وقت القبول ما بعد موت الموصي، ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو ردّ قبل الموت ثم قَبِلَ بعده صح قبوله"[٤]

---

(١)قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠.
(٢)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج٢ ص٧٥٣.
(٣)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢٨ ص٤١، ط١.
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٥٦.
الشربيني، محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج٣ ص٥٣، دار الفكر.
المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١٣٧.
الشربيني، محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج٣ ص٥٣، دار الفكر.
(٤)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥٠٥.

وفي المهذب "ولا يصحّ القبول إلاّ بعد الموت لأنّ الإيجاب بعد الموت فكان القبول بعده"[1]

ثانياً : بمَ يتحقّق القبول ؟

اتفق الفقهاء إلى أن القبول يتحقق بكل ما ينبئ عنه صراحة كقوله : قبلتُ الوصية أو رضيتُ بها، وتتحقّق ضمناً ودلالة بأنْ يتصرف الموصى له في الموصى به تصرّف الملاّك بالبيع أو الهبة أو الإجارة أو نحوها مما يتصرّف المالك بها في ملكه[2]

وعندَ الحنفية يملك الموصى له الموصى به بالقبول وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك الورثة، لأن الوصية قد تمت من جانب الموصي بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقف لحقّ الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه، كما لو مات المشتري أثناء الخيار الممنوح له قبل إجازة البيع[3].

قال الكاساني : "ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصي فردّ أحدهما وقبل الآخر الوصية، كان للآخر حصته من الوصية " وقال "وبيان ذلك إذا قال لرجلين أوصيت بهذه الجارية لكما، فقبل أحدهما بعد موت الموصي وردّ الآخر لم يصح القبول لأنّه أوصى لهما جميعاً فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما لو قبلا، فإذا ردّ أحدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعاً فبطلت الوصية"[4]

أما عن وقت قبولها وكيفيته في القانون : فقد جاء في المادة (٢٥٧) من قانون الأحوال الشخصية : " تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، وتردّ بردّها صراحة بعد وفاة الموصي "[5]

---

(١)النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج١٧ ص٤٠٧.

(٢)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٣.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، نشر ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، **كشاف القناع**، تحقيق محمد أمين الضنّاوي، ج٣ ص٥٣٧، ط١ عالم الكتب-بيروت.

الصاوي، الخلوتي، أبو العباس أحمد بن محمد (المتوفى ١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك حاشية الصاوي** على الشرح الصغير، ج٤ ص٥٨٣، دار المعارف.

(٣)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥٠٣.

(٤)الكاساني، المصدر سابق، ج١٠ ص٥٠٨.

(٥)قانون الأحوال الشخصية الأردني (٣٦) لعام ٢٠١٠.

ثالثاً : ردّ الوصية بعد قبولها :

للفقهاء في صحة ردّ الوصية بعد قبولها ثلاثة آراء :

الأول: باتفاق عند **الحنفية والمالكية والشافعية** على الراجح **والحنابلة** على الصحيح أنه لو قبل الموصى له الوصيةَ بعد الموت ليس له أن يردّها، سواء كان الردّ قبل القبض أم بعده، لأن الوصية لزمت(١) .

الثاني: رأي **الشافعية والحنابلة** : لا يصح الردّ بعد القبول والقبض، لأن الملك ثبت بالقبول واستقر بالقبض، إلاّ إذا أجاز الورثة الردّ. ويصح الردّ قبل القبض، وهو المنصوص عليه عند الشافعية : أنه يصحّ الردّ لأنه تمليك من جهة الآدمي من غير بدل، فصح ردّه قبل القبض كالوقف(٢).

الثالث : رأي **الحنابلة**: يصحّ ردّ الموصى له في المكيل والموزون، لأنه لا يستقرّ ملكه عليه قبل قبضه، فأشبه ردّه قبل القبول(٣).

الراجح : رأي الشافعية والحنابلة بأنه لا يصحّ ردّ الوصية بعد قبولها وقبضها.

وفي القانون : فقد جاء في المادة (٢٥٨) من قانون الأحوال الشخصية : " يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها على أن يكون الرجوع صريحا ومسجلا لدى جهة رسمية "(٤).

رابعاً : وقت ثبوت الملكية للموصى له : اختلف الفقهاء في الوقت الذي تثبت فيه الملكية للموصى له إذا لم يقبل الوصية إلّا بعد مضيّ فترة على وفاة الموصي على ثلاثة أقوال :

---

(١)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٦ ص١٨٦.
عليش، **منح الجليل**، مصدر سابق، ج٩ ص٥٨٩.
الماوردي، أبو الحسن، علي بن محمد بن محمد حبيب، **الحاوي الكبير**، نشر ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ج٨ ص٢٦٢، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٣٧.

(٢)الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج٣ ص٤٢.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٣٧.

(٣)ابن قدامة،**المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١٤٦.

(٤)قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠.
أبو زهرة، **شرح قانون الوصية**، مصدر سابق، ص٢٤٢ .

القول الأول : وهو رأي الحنفية والشافعية : أن ملكية الشيء الموصى به تثبت للموصى له من وقت وفاة الموصي دون النظر إلى وقت القبول.

ودليلهم أنهم قاسوا الوصية على الميراث، فكما أن الملكية في الميراث تثبت للوارث بمجرد وفاة المورّث دون حاجة إلى قبوله، فكذلك الملكية في الوصية تثبت للموصى له بمجرد موت الموصي دون حاجة إلى قبوله[1].

القول الثاني : وهو لبعض المالكية وبعض الشافعية والحنابلة في أصح أقوالهم أن ملكية الشيء الموصى به تثبت للموصى له من وقت القبول فقط، لا من وقت وفاة الموصي.

ودليلهم أن القبول لا يخلو من أن يكون سبباً أو شرطاً في انتقال ملكية الشيء الموصى به إلى الموصى له والحكم له، والحكم هو الملك لا يتقدم على سببه ولا على شرطه كما في العقود الأخرى، و قاسوا الوصية على بقية العقود الناقلة للملكية، فهذه العقود لا تنتقل فيها الملكية إلا بالقبول، فكذلك الوصية لا تنتقل الملكية فيها إلا بالقبول، وعلى هذا الرأي أيضاً تكون ثمرة الشيء الموصى به في الفترة الواقعة بين وفاة الموصي وقبول الموصى له على حكم ملك الموصي[2].

القول الثالث : وهو لبعض المالكية والشافعية في أظهر أقوالهم وبعض الحنابلة. أن ملكية الشيء الموصى به في الفترة الواقعة بين موت الموصي وقبول الموصى له لا تثبت لأحد، لا للموصي ولا للموصى له وإنّما هي موقوفة لا يعلم لها صاحب إلاّ بعد القبول أو الردّ، فإذا قبلها الموصى له تبين لنا أن الملكية تثبت له من وقت وفاة الموصي، وإن ردّها تبين أن الملكية لورثة الموصي من وقت الوفاة. دليلهم أنّه لا يصح أنْ تكون ملكية الشيء الموصى به في هذه الفترة للموصى له وإلاّ لما صح له أنْ يرد الوصية بعد ذلك،

---

(١)الكاساني، **البدائع**، ج١٠ ص٥١٦.

ابن عابدين، **حاشية رد المختار على الدر المختار**، مصدر سابق ج١٨ ص٥٠٠.

الماوردي، **الحاوي**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٥٧.

النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق ج١٧ ص٣٩٤.

(٢)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٥.

الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٤.

المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١٣٧.

البهوتي، **كشاف القناع** عن متن الإقناع، مصدر سابق ج٤ ص٣٨١.

كما لا يصح أنْ تكون على حكم ملك الموصي لأنّ الموصي قد صار بعد موته جماداً لا يملك شيئاً، حيث أنّه لم يصلح لقول شيء. وعلى ذلك فإنّه يتعين القول بأن الملكية موقوفة في هذه الفترة، فإذا قبلها الموصى له بعد ذلك ظهر أنّها كانت ثابتة له من وقت وفاة الموصي، وإنْ رفض قبولها ظهر أنّها كانت ثابتة لورثة الموصي منذ ذلك الوقت(1).

والراجح الرأي الأول، فيثبت الملك مستنداً إلى وقت الوفاة، لأن ذلك هو الذي قصد الموصي بوصيته، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (٢٦٥) الفقرة (أ) : " إذا أفاد نص الوصية وقت استحقاقها بدأت منه ، وإلا بدأت من حين موت الموصي"(2)

المسألة الثالثة : تعليق الوصية واقترانها بالشرط :

أي أنْ يعلّق المُوصِي وصيّته على شرط معدوم قد يوجد وقد لا يوجد، فإنْ انعقدت الوصية وإنْ لم يوجد فلا تنعقد، والغالب أنْ يكون التعليق بأداة من أدوات الشرط مثل إنْ و إذا.

ومثال ذلك أن يقول الموصي : إذا عُدتُ من حجّي سالماً فقد جعلت داري هذه لطلبة كلية الشريعة بعد وفاتي. فهذه وصية صحيحة واجبة النفاذ عند تحقق الشرط، فالوصية المعلّقة على شرط وصية صحيحة كالوصية المطلقة فتوجد عند وجود الشرط وتنعدم عند عدم وجوده(3).

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بصحة تعليق الوصية على شرط في المادة (٢٦٦) : ".. ويصح تعليقها على شرط " وفي المادة (٢٦٧) الفقرة (أ) : " تجوز الوصية المقترنة بالشرط، ويجب مراعاته إذا كان صحيحا ما دامت المصلحة فيه قائمة "

---

(١)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٧.
النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج١٧ ص٣٩٤.
المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٦ ص١٥٨.
(٢)**قانون الأحوال الشخصية الأردني** لسنة ٢٠١١، نشر بتاريخ ٢٠١١/١/١٦.
(٣)ابن عابدين، **حاشية رد المختار على الدر المختار**، مصدر سابق، ج٦ ص٦٦٦.
العثيمين، محمد بن صالح بن محمد، **الشرح الممتع** على زاد المستقنع، نشر ١٤٢٢هـ، ج١١ ص١٥٤، ط١، دار ابن الجوزي الرياض .

وقد حدّد القانون المدني الأردني في المادة (٣٩٥) ما هو الشرط المعلّق في الحديث عن التصرف : " التصرف المعلّق هو ما كان مقيدا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبله ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط وعندئذ ينعقد سبباً مفضياً إلى حكمه "(١)

والشروط المقترنة بالوصية منها ما هو معتبرٌ في نظر الشرع، ومنها ما هو مُلغى لا اعتبار له، والفقهاء جميعاً ساروا على هذا الأصل، وهو أنْ من الشروط شروطاً صحيحة وأخرى غير صحيحة وإنْ اختلفوا في مفهوم كلّ نوع، وعلى قول الفقهاء سار القانون المدني الأردني في تقسيم الشروط إلى صحيحة وباطلة :

فالشروط الصحيحة : بأنْ لا يكون الشرط منهيّاً عنه، أو مخالفاً لمقاصد الشريعة العامة وقواعدها الكلية، والمقصود بذلك أنْ يترتب على تنفيذ الشرط فعلُ ما ورد الدليل الشرعي بمنعه، أو ترك ما ورد الدليل الشرعي بطلبه وفعله، كأن يوصي لعمرو بألف دينار بشرط أنْ يستمر في شرب الخمر، أو أن يوصي لهُ بداره على أن يلعب فيها القمار، هذا ولا خلاف في أن الشرط الذي نهى عنه الشارع بنصٍّ خاصٍّ، أو دليل معين، هو شرط باطل، ولا يجب الوفاء به، ولا يؤثر في صحة الوصية(٢) .

وكذلك أنْ يكون في الشرط مصلحة ظاهرة للموصي كاشتراطه أن يبدأ في تنفيذ الوصايا بأداء ما فاته من واجبات الزكاة أو الحج أو وفاء النذور التي نذرها ولم ينفذها أو يكون فيه مصلحة للموصى له كاشتراط أنْ يبدأ الموصى له من الوصية بسداد ديونه أو يكون فيه مصلحة لغيره كالوصية ببيت لجهة من الجهات على أنْ يكون لمن لا يجد مأوى من ذريّته حق سكناه (٣).

والشّرط الصحيح هو ما كانَ فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة.

---

(١)قانون رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦

(٢)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٥.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص٢١٤.

(٣)النووي، **المجموع**، مصدر سابق، ج١٧ ص٣٧٤.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١٨١.
العثيمين، **الشرح الممتع** على زاد المستقنع، مصدر سابق، ج١١ ص١٥٤.

وقد جاء في المادة (٢٦٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " ب-الشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منافيا لمقاصد الشريعة. ج-لا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه."[١]

وهذا ما كان فحوى المادة (١١٢٦) من القانون المدني الأردني : " تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها".

والشروط الباطلة : ما كانَ منهياً عنها أو منافيةً لمقاصد الشريعة أو لم يكن فيها مصلحة لأحد.

كالشروط التي لو نفذت لأدّت الوصية فيها للمعصية أو لأمر منافٍ لمقاصد الشريعة فتبطل الوصية ويبطل الشرط، كما لو أوصى لفاجر على أن يبقى على فجوره أو لكنيسة ينفق عليها[٢].

والشرط الباطل لا يجب تنفيذه، ويكون الشرط كذلك متى خلا من المصلحة القائمة، أو كان منهيا عنه بنص خاص، أو كان منافيا لمقاصد الشارع.

وبمراعاة نص المادة (١١٢٦) من القانون المدني الأردني والمادة (ب-أ ٢٦٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، فإنّ الوصية تبطل أيضا متى أثر الشرط فيها وصرفها إلى المعصية تماما، كالوصية لأندية القمار، والمراقص ونحوها. وكذلك جاء في المادة (٣٩٧) من القانون المدني الأردني ما نصّه : " يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل أو مخالف للآداب أو النظام العام"[٣]

---

(١)**قانون الأحوال الشخصية الأردني** رقم (٠) لسنة ٢٠١١، نشر بتاريخ ٢٠١١/١/١٦.

(٢)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥٢٤.

النووي، **المجموع**، مصدر سابق، ج١٧ ص٣٧٣.

(٣)قانون رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦

الركن الثاني : الموصي :

الموصي هو الشخص الذي يقوم بإنشاء الوصية ولكي تصح وصيته اشترط الفقهاء فيه شروطاً معينة بعضها محل اتفاق وأخرى محل خلاف، وهذه الشروط هي :

١- العقل :

إنّ وصية المجنون باطلة، لأنّ تصرفاته القولية لا أثر لها لعدم إدراكه وتمييزه سواء أكانت نافعة محضاً أم غير ذلك، وهذا لا خلاف فيه في الفقه والقانون.

واتفق الفقهاء(١) على أنّه يشترط في الموصي أنْ يكون عاقلاً، فإذا كان مجنوناً أو معتوهاً فلا تصحّ وصيته، لأنّ عبارة المجنون والمعتوه ملغاة لا أثر لها، فلا ينشأ بها عقد ولا يبرم بها التزام، ويلحق بالمجنون السكران وهو الذي تناول الخمر وما يشبهها حتى صار يهذي ويخلط في كلامه، ولا يعي بعد إفاقته ما كان منه حال سكره فإن الوصية لا تصحّ لأنْ سكره قد غلب على عقله فلا يكون عنده قصد ولا إرادة صحيحة فلا يعتد بالعبارة الصادرة منه كما لا يعتد بالعبارة الصادرة من المجنون (٢).

وفي القانون الأردني نصّت المادة (٢٦٩) الفقرة (د) : " تبطل الوصية بجنون الموصي جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت "(٣).

---

(١)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢٨ ص١٦٥
ابن عابدين، **حاشية رد المختار على الدر المختار**، مصدر سابق، ج٦ ص٦٥٧.
مالك بن أنس بن مالك بن عامر(المتوفى : ١٧٩هـ)، **المدونة الكبرى**، المحقق زكريا عميرات ج٤ ص٣٤٥ دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان.
الماوردي، **كتاب الحاوى الكبير**، مصدر سابق،ج٨ ص١٩٠.
النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق ج١٥ ص٤٠٩.
ابن قدامة، المقدسي، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١١٧.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٣٠.

(٢)لأن عبارته ليست محل اعتبار في نظر الشارع فلا ينشأ بها عقد ولا يتم بها التزام ولا يبرم بها تصرف.

(٣)قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠.

١)البلوغ:

اختلف الفقهاء في صحة وصية الصبي المميز على أقوال :

الأول : وهو قول **الحنفية**[(١)] والأظهر منْ قولي **الشافعية**[(٢)] وبعض **الحنابلة**[(٣)] حيث ذهبوا إلى عدم صحة وصيّة الصبي المميز. ودليلهم قولُ اللهِ تعالى: ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ ...﴾ (سورة النساء: الاية ٦).. وقول النبيّ ﷺ : (رُفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم) [(٤)]

الثاني : وهو قول **المالكية**[(٥)] وبعض **الشافعية**[(٦)] والمذهب عند **الحنابلة**[(٧)] وقد ذهبوا إلى صحة وصيّة الصبي المميز.

واستدلّ أصحاب القول الأول على عدم صحة وصية الصبي المميّز، بأنّ الوصية تبرّع وهو ممنوع من سائر التّبرعات لما فيها من الضرر المحض، ولا تصح هبته وعتقه في

---

(١)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٦ ص١٨٥.
السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٧ ص٣٣٣.
(٢)النووي، **المجموع**، مصدر سابق، ج٦ ص٩٧.
الماوردي، **الحاوي**، مصدر سابق، ج٨ ص١٩٠.
(٣)البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٣٠.
(٤)أبو داود ، **سنن أبي داود**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٤٤ رقم (٤٤٠٣)، عن علي رضي الله عنه
أحمد، **المسند**، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٠، رقم (٢٤٧٣٩)، عن عائشة رضي الله عنها، قال شعيب الأرناؤوط ذو إسناد جيد.
ابن خزيمة، محمد بن إسحاق، **صحيح ابن خزيمة**، تحقيق د.محمد مصطفى الأعظمي، ١٣٩٠-١٩٧٠، ج٢ ص١٠٢، رقم (١٠٠٣)، المكتب الإسلامي بيروت.
(٥)الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٣.
ابن عبد البر، النمري، أبو عمر يوسف بن عبد الله، **الاستذكار**، تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض، ١٤٢١-٢٠٠٠، ج٧ ص٢٦٩، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.
(٦)الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصدر سابق، ج٦ ص٤٠.
(٧)المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١١٥.
المرداوي، أبو الحسن، علي بن سليمان (المتوفى ٨٨٥)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** على مذهب الإمام أحمد، تحقيق محمد حامد الفقي، ج٧ ص١٨٦، دار إحياء التراث العربي بيروت.

حياته فلا تصح وصيته كالمجنون، ولأن عبارة الصبي في نظرهم لا اعتبار لها في التصرفات، ولا فائدة تعود عليه من الوصية حيث أنها شرعت لجبر ما فات من الإنسان في حال حياته من عمل البر والخير، والصبي في مقتبل عمره لم يفته شيء من ذلك لأنه غير مكلف بفعل الطاعات.

واستدلّ أصحاب القول الثاني على صحة وصية الصبي المميز بأنها لا ضرر فيها، ولأن الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت فالتمليك فيها يكون بعد وفاته فلا ضرر في ماله ما دام حياً، وفي الوقت ذاته نجد أن فيها مصلحة له بعد وفاته وهي الحصول على رضا الله تعالى ومثوبته، وما روي أن صبياً يافعاً وكان سنّه تسع أو عشر سنين أوصى لابنة عمه، فأوصى لها بما بيع بثلاثين ألف درهم[١]، فرفع ذلك إلى سيدنا عمر ﷺ فأجاز وصيته[٢]. وإجازة سيدنا عمر ﷺ دلالة على جواز وصية الصبي[٣].

أما **القانون** فقد جاء في المادة (٢٦٩) الفقرة (أ) : " يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع، بالغاً عاقلاً رشيداً "[٤].

٢) الرشد :

الرشد ضد السفه والغفلة، وهو حُسن التّصرف في المال والصلاح في الدين والمال[٥].

والسّفيه : هو الذي لا يُحسن تدبير المال فيُنفقه على غير مقتضى العقل والشرع، وذو الغفلة هو من لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في المعاملات لعدم إدراكه للخير والشر[٦].

---

(١)يقال أن الوصية بئر جشم، قال عمرو بن سليم فبحث ذلك بثلاثين ألفاً وهو الموصى له في هذه الوصية (ابن قدامة، المغني ج٨ ص١١٦)

(٢)أثر صحيح رواه الإمام مالك في **الموطأ** ج٢ ص٧٦٢ رقم ١٤٥٤، وعبد الرزاق في **المصنف** ج٩ ص٧٧ رقم ١٧٤٠٩، والبيهقي في **السنن** ج١٠ ص٣١٧ رقم ٢١٣٧ وقال: والخبر منقطع، فعمرو بن سليم الزرقي لم يدرك عمر رضي الله عنه إلاّ أنه ذكر انتسابه في القصة.

(٣)الماوردي، **الحاوي**، مصدر سابق، ج١٠ ص١٠.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩.
ابن قدامة، **الشرح الكبير**، ج٣ ص٥١٥.

(٤)قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠م.

(٥)أبوالبقاء، الكفومي الحسيني، أيوب بن موسى، **كتاب الكليات**، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري ١٤١٩-١٩٩٨، ص٧٤٦، مؤسسة الرسالة بيروت.

(٦)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٥ ص١٩٢.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٧.

وفي مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٤٦) : " السّفيه هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ويبذّر في نفقاته ويضيّع أمواله ويتلفها بالإسراف... "[1]

وقد اختلف العلماء في حكم وصية غير الرشيد المحجور عليه لسفه أو غفلة على أقوال:

القول الأول : ذهب **المالكية**[2] **والشافعية**[3] **وجمهور الحنابلة**[4] إلى أنّ وصية المحجور عليه للسّفه أو الغفلة صحيحة.

وقد استدلوا على ذلك بأنّ المحجور عليه للسفه أو الغفلة لم يحجر عليه بسبب نقص أهليته فهو بالغ عاقل كامل الأهلية مكلف بالعبادات والطاعات، وقد يفوته أداء حق من الحقوق كالزكاة والحج فمن حقه أداء ذلك الحق بطريق الوصية لدخوله في الخطاب العام (إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ، عِنْدَ وَفَاتِكُمْ، بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ) [5].

وإنّما المعنى الذي من أجله حجر عليه هو المحافظة على أمواله من التبديد والضياع، وليست الوصية ما يضره لأنها لا تنفذ إلاّ بعد وفاته في الوقت الذي يستغنى فيه عن المال، وعلى هذا فيجب القول بصحة وصيته لأنّها بالنسبة له نفع محض، ولو قيل ببطلانها لكان الهدف من الحجر عليه المحافظة على مصلحة الورثة، وما شرع الحجر إلا للمحافظة على أموال السفيه لمصلحة نفسه لا لمصلحة الورثة.

البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٤٣.
أبو جيب، سعدي، **القاموس الفقهي** لغة واصطلاحاً، ص١٤٨،ص١٧٤، ط٢، دار الفكر – دمشق.
(١)باز، سليم رستم، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، ج١ ص٥٣٥، ط٣، دار الكتب العلمية بيروت.
(٢)مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤٥.
(٣)الماوردي، **الحاوي**، مصدر سابق، ج٨ ص١٩٠.
(٤)ابن قدامة، المقدسي، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١١٥.
(٥)ابن ماجه، **السنن** رقم (٢٧٠٩) ج٤ ص١٤. أحمد، **المسند** رقم (٢٧٥٢٢) ج٦ ص٤٤٠. قال شعيب الأرناؤوط: حديث محتمل للتحسين بشواهده، وهذا إسناد ضعيف لضعف الراوي أبي بكر وهو ابن عبد الله بن أبي مريم.

القول الثاني : ذهب **أبو حنيفة**[١] **والزيدية**[٢] إلى عدم جواز الحجر على السفيه أصلاً، ولهذا فتصرفات السفيه عندهم صحيحة دائماً.

القول الثالث : عند **أبي يوسف و محمد**[٣] يريان صحة وصية السفيه في وجوه الخير فقط، وفيما عدا ذلك فلا تعتبر وصيته لأنّه محجور عليه.

القول الرابع : بعض الشافعية[٤] **وبعض الحنابلة**[٥] إلى أنّ وصية المحجور عليه لسفه أو لغفلة باطلة.

وقد استدلوا على ذلك بأن الوصية نوع من التبرعات، والتبرعات لا تصح من السفيه لأنّه محجور عليه.

وفي القانون الأردني للأحوال الشخصية[٦] تجوز وصية المحجور عليه بشرط إذن القاضي، فقد نصّت المادة (٢٦٩) الفقرة (ب) : " إذا كان الموصي محجوراً عليه للسفه أو الغفلة جازت وصيته بإذن المحكمة ".

وفي المادة نفسها الفقرة (ج) : " لا تبطل الوصية بالحجر عل الموصي للسّفه أو الغفلة " لأن السّفه والغفلة لا يمنعان صاحبهما من الرجوع في وصيته وما دام الموصي لم يرجع عنها فتبقى قائمة بعد وفاته.

٣)الرضا :

يشترط في الوصي أنْ يكون راضياً بوصيّته لتوفر القصد لهذا التصرف والكلام في هذا الشرط يتحتّم علينا أنْ نتكلم عن الوصية فيما يأتي :

---

(١)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢٤ ص٢٩٠.

حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تحقيق المحامي فهمي الحسيني، ج٢ ص٦٣٨، دار الكتب العلمية بيروت.

(٢)العنسي، الصنعاني، القاضي أحمد بن قاسم، **التاج المُذهب لأحكام المذهب**، نشر ١٤١٤-١٩٩٣، ج٦ ص٣٧٥، دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر والإعلان صنعاء.

(٣)ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، مصدر سابق، ج٨ ص٩٤.

(٤)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩.

(٥)المرداوي، **الإنصاف** ، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٩ .

(٦)**قانون الأحوال الشخصية** رقم (٣٦) عام ٢٠١٠.

أ) **وصية السكران :** إذا أوصى السكران فإمّا أنْ يكون قد سَكِرَ بمحرّم وإمّا أنْ يكون قد سَكِرَ بغير محرّم.

وقد اختلف العلماء في وصيّة السّكران على قولين :

القول الأول : عند **الجمهور**[1] أنّ وصيته باطلة مطلقاً سواءٌ أكان السكر محرّماً أمْ كان غير محرّم، ودليلهم على هذا أن السُّكْر يُفقد العقل حالَ السُّكْر، فصار كالمجنون والمجنون ليس أهلاً للتصرف.

القول الثاني : عند **الشافعية**[2] إذا كان قد سَكِرَ بمحرّم فوصيته تكون صحيحة عقوبة له على تعدّيه على نفسه بالسُّكْرِ وتكون باطلة إذا كان قد سَكِرَ بغير محرّم كأنْ شرب المُسْكِر للتداوي أو سَكِرَ من البنج أو سَكِرَ من شراب تعاطاه مكرهاً أو ظنّ أنّه شراب حلال التناول.

والرّاجح قوّة الرأي القائل بعدم صحة عبارة السّكران وسائر عقوده وإنشاءاته مطلقاً لقوة أدلتهم، وهذا ما أخذّ به القانون، فقد أخَذَ بمذهب الجمهور فأبطل وصية السّكران مطلقاً، وهو ما جاء في المادة (٢٦٩) الفقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " يشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع، بالغا عاقلا رشيداً " وهل أكثر من السُكر ذهاباً للعقل[3].

ب) وصية المُكْرَه :

الإكراه : هو الإجبار على عملٍ أو تصرفٍ بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه أو بتهديد بشيء من ذلك من قادر عليه[4].

---

(١)ابن عابدين، **حاشية رد المختار على الدر المختار**، مصدر سابق، ج٥ ص٩٤.
عليش، المالكي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد (المتوفى ١٢٩٩هـ)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، نشر١٤٠٩-١٩٨٩، ج٩ ص٥٠٤.
ابن قدامة، المقدسي، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٦ ص٤١٩.
المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١١٧.

(٢)الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، مصدر سابق، ج٦ ص٤٢، ١٠٣، ٤٢٤، ٤٤٨، ج٧ ص٢٦٧.

(٣)قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠

(٤)القاري، أحمد بن عبد الله، **مجلة الأحكام الشرعية**، تحقيق عبد الوهاب إبراهيم أو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، ١٤٢٦-٢٠٠٥، ص٤٧١، المادة (١٥٤٢)، ط٣، مطبوعات تهامة الرياض.

وقد عرّقه البزدوي : هو حَمْلُ الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً منه[1].

واختلف العلماء في حُكمِ وصية المُكره على قولين :

القول الأول : عند **الجمهور**[2] أنّ وصية المكره لا تصحّ مطلقاً، لأنّ الإكراه يعدم الرّضا والاختيار.

القول الثاني : ذهب **الحنفية**[3] إلى صحة وصية المُكره وتكون موقوفة على إجازة المكرَه بعد زوال الإكراه، فإن أجازها نفذت وإلاّ بطلت.

والمادة (١٣٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٤٣) وضّحت معنى الإكراه : " الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً " والإكراه نوعان : إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ ، وقد وضحّت المادة (١٣٦) من قانون الأحوال الشخصية نوعي الإكراه بالقول : " يكون الإكراه ملجئاً إذا كانَ تهديداً بخطر جسيم مُحدق يلحق بالجسم أو المال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما دون ذلك ".

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية بما نصه في المادة (١٤١) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦ : " من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحةً أو دلالةً ينقلب صحيحاً " فلا تصح وصية المكره على هذه الحال إلاّ بإجازة الموصي نفسه دون إكراه أو الورثة.

---

(١)البخاري، علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (المتوفى٧٣٠)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام** البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، ١٤١٨-١٩٩٧، ج٤ ص٥٣٨، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.

(٢)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٧.
الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٣ ص٧.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٠٠.

(٣)الحصكفي، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار** في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة ج٥ ص٤٦١.

ج) وصية الهازل :

الهزل : أنْ لا يُراد باللّفظ ودلالته المعنى الحقيقي والمجازي، بأنْ لا يُراد به شيء أو يراد به ما لا يصحُّ إرادته منه(١).

والهازل هو الذي يدرك ويعي ما يقول إلاّ أنّه لا يقصد الأثر المترتب على كلامه.

وقد اختلف العلماء في وصية الهازل على قولين :

القول الأول : مذهب **الجمهور**(٢) أنّه إذا أوصى الهازل فوصيته باطلة، وإنّما كانت باطلة لعدم توافر الرضا.

القول الثاني : ذهب **الشافعية**(٣) إلى صِحّة وصية الهازل لأنّ العبرة في الرّضا بالإرادة الظاهرة التي دلّت عليها العبارة دون الإرادة الباطنة التي لم تدل عليها العبارة.

ولم أجد في القانون المدني الأردني ولا في قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يدلّ على عدم جواز وصية الهازل أو صحة وصيّته، لكنني أرى عدم صحة وصيته لانعدام الرضا والله أعلم.

د) وصية المخطئ :الخطأ : هو فِعْلٌ يصدر من الإنسان بلا قصد إليه عند مباشرة أمرٍ مقصود سواه(٤).

والمُخطئ هو من سبق لسانه إلى التلفظ بما لا يريد أن يتلّفظ به بينما كان يريد التلفظ بغيره، فإذا صدرت الوصية من المخطئ فوصيته باطلة عند جمهور الفقهاء، الذين ألحقوا بالسّكران الساهي والهاذي والمخطئ، فلا عبرة بعقودهم وإيقاعاتهم أبداً(٥).

---

(١)أمير بادشاه، الحنفي البخاري، محمد بن أمين بن محمود (المتوفى٩٧٢هـ)، **تيسير التحرير**، ج٢ ص٢٩٠، دار الفكر بيروت.

(٢)الحصكفي، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار** في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة، مصدر سابق، ج٥ ص٤٥٩

الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٣٢.

البهوتي، **كشاف القناع** عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج٤ ص٣٧١.

(٣)الشربيني، الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩.

(٤)التفتازاني، الشافعي، سعد الدين مسعود بن عمر (المتوفى٧٩٣)، **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح**، تحقيق زكريا عميرات ١٤١٦-١٩٩٦، ج٢ ص٤١١، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.

(٥)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥١٠.

البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤٤

قال اللهُ تعالى: ﴿... وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٥﴾ ﴾ (سورة الأحزاب: الآية ٥). فقد اتّفق المفسرون أو أكثرُهم على تفسير الخطأ في الآية بما كان من غير قصد[(١)].

كما أنّي لم أجد في القانون المدني الأردني ولا في قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يدلّ على عدم جواز وصية المخطئ أو صحة وصيّته، لكنني أرى عدم صحة وصيته لأنّه يلحق بالسكران والهاذي ولا عبرة بعقودهم لانعدام القصد والرضا كما ذكر الجمهور.

مسألة : هل الإسلام شرط لصحة الوصية ؟

لا يشترط في الموصي أنْ يكون مسلماً، ونظراً لعدم اشتراط الإسلام في الموصي كانَ لا بُدّ لنا من الكلام على الوصايا التالية :

أ) وصية الذمّيّ:

والذميّ هو المعاهد الذي أعطى عهداً يأمنُ به على ماله وعِرضه ودينه [(٢)].

ووصية الذميّ للمسلم أو لذِميّ مثله في حدود الثلث صحيحة وذلك لأنّ الذمي بوسعه أن يملّك غيره ببيع أو هبة فكذلك يسوغُ له أنْ يملّك غيره بطريق الوصية إذ لا فرق، فالبيع والهبة والوصية عقود تمليك [(٣)].

الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٧.
الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٣ ص٦.
(١)السيوطي، أبي بكر، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، **الحاوي للفتاوي** في الفقه وعلوم التفسير والحديث والأصول والنحو والإعراب وسائر الأصول، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ١٤١٢-٢٠٠٠، ج١ ص٢٠٢، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.
(٢)ابراهيم ومجموعة، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، ج١ ص٣١٥.
أبو جيب، **القاموس الفقهي**، مصدر سابق، ص١٣٨.
(٣)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢٨ ص١٦٩.
ابن عابدين، **حاشية رد المختار**، مصدر سابق ج٦ ص٦٩٧.
الخطيب، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٥ ص٤٠.
الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٦.
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٣.
الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٦.

وذكر الكاساني : أنّ وصية الذميّ تجوز لما هو قربة في الشريعتين كالوصية للملاجئ والفقراء والمصحّات، وما هو قربة في نظر الإسلام كالمساجد، وما هو قربة في دينه فقط كالكنائس، أمّا إذا كانت الجهة لا تعدّ قربة في الشريعتين كالوصية لدور المنكر والفسوق فالوصية باطلة [1].

والذميّ إذا أوصى للحربي لا تجوز وصيته عند الحنفية لأنّ في صحة الوصية للحربي ما يُعينه على قتال المسلمين[2].

ب)وصية المستأمن :

المستأمن هو غير المسلم الذي دخل في دار الإسلام بأمان مؤقت[3]، والذي يقدم بلاد المسلمين من غير استيطان لها[4].

ووصية المستأمن صحيحة أيضاً كوصية الذميّ ولا تنفذ في أكثر من الثلث أي ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، لكن يشترط لذلك أن يكون هؤلاء الورثة قد دخلوا معه دار الإسلام، أمّا إذا ظلوا مقيمين في دار الحرب فإنّ الوصية تكون نافذة فيما زاد على الثلث دون توقف على إجازة من جانبهم إذْ أنّهم من أهل الحرب والأمان المعطى للمستأمن قاصر عليه لا يصحّ أنْ يستفيد منه ورثته الحربيون[5].

البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٠٤.
المقدسي، ابن قدامة، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٦ ص٤٦٦-٤٦٧.
(١)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥٢٥.
(٢)الكاساني، **البدائع**، المصدر سابق .
(٣)المقدسي، ابن قدامة، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٢ ص١٨٢.
(٤)ابن القيم، الجوزية، محمد بن أبي بكر (المتوفى٧٥١هـ)، **أحكام أهل الذمة**، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، نشر ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ج٢ ص٣٢، ط٢، دار الكتب العلمية بيروت.
(٥)البارتي، **العناية**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٨٨.
ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (المتوفى٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٨ ص٥٢٠، دار المعرفة بيروت.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٠.
النووي، **المجموع**، مصدر سابق، ج١٧ ص٣٨٠.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٩٦.
الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٦.

ث) وصية المرتدّ:

الردّة: هي قطع الإسلام بنيّةٍ أو قولِ كفرٍ أو فعلٍ، سواء قاله استهزاءً أو عِناداً أو اعتقاداً[(1)].

وقد اختلف الفقهاء في صحة وصية المرتدّ على قولين :

القول الأول : **للجمهور** فيرى **الشافعية والمالكية والحنابلة** صحة وصية المرتدّ، وقيّد الشافعة صحة وصيته بأن لا يوصي لمرتدّ عن الإسلام، وجوازها لمن صادفت الوصية حال إسلامه، فإن كان مات كافراً تبطل وصيته[(2)].

القول الثاني : يرى **أبو حنيفة** أنّ وصية المرتد تقع موقوفة بمعنى أنّه إنْ عاد إلى الإسلام كانت نافذة وإن لحق بدار الحرب أو مات على ردّته كانت باطلة. ويرى **أبو يوسف ومحمد** أن وصيته صحيحة نافذة لأنّ الردة لا تزيل ملكه بل يبقى إلى أنْ يموت موتاً طبيعياً أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقه [(3)].

الركن الثالث : الموصى له :

اشترط الفقهاء في الموصى له لكي تصح له الوصية شروطاً عديدة اتفقوا على بعضها واختلفوا على البعض الآخر، وفيما يلي بعض الشروط موقف القانون منها:

١- **أنْ يكون الموصى له موجوداً عند إنشاء الوصية** إذا كان معيناً بالاسم أو بالإشارة، فالمعيّن بالاسم كقول الموصي أوصيت لعمرو، والمعين بالإشارة كقول الموصي أوصيت لهذا المسجد، لأن كون معيناً بالاسم أو بالإشارة لا يتصور بدون

---

(١)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٤ ص١٣٢.

(٢)الماوردي، **الحاوي**، مصدر سابق، ج٨ ص١٩٣.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩.
العدوي، علي الصعيدي، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب**، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ١٤١٢هـ، ج٢ ص٢٩٢، دار الفكر بيروت.
الزركشي، الحنبلي المصري، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله (المتوفى٧٧٢)، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، ١٤٢٣-٢٠٠٢، ج٣ ص٩٢، دار الكتب العلمية بيروت

(٣)السرخي، المبسوط، مصدر سابق، ج٧ ص٣٦٤، ص٦٢٤.
الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٥، ص٢٨٨.

وجوده حين الوصية، وعلى هذا فلو أوصى شخص لزيدٍ مثلاً ثم ظهر بعد ذلك أن زيداً قد مات قبل الوصية فإن الوصية تكون باطلة لعدم وجود الموصى له وقت إنشاء الوصية وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (1).

وخالف المالكيةُ(2) في ذلك فقالوا بجواز الوصية للمعيّن المعدوم وقت إنشاء الوصية، وذلك لأنّ الوصية من قبيل التبرعات والتبرعات يجب أن يتوسع فيها إذ هي نفعٌ وبرٌّ وخيرٌ وعلى ذلك فالوصية لزيدٍ مثلاً صحيحة ويصرف الموصى به في مثال زيد في سداد ديونه، فإذا لم يكن له ديون أعطى لورثته.

ونصّت المادة (٢٧١) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه : " تصح الوصية لشخص معين أكان موجوداً أم منتظر الوجود وتصح لفئة محصورة أو غير محصورة وتصح لوجوه البر والمؤسسات الخيرية والعلمية والهيئات العامة " فقد اتفق القانون أيضاً مع المالكية في القول بان الموصى له غير المعيّن لا يشترط وجوده مطلقاً، فلو أوصى لطلبة جامعة ما فإنه يدخل في استحقاق الوصية الطلبة الموجودين في الجامعة وقت إنشاء الوصية، والطلبة الذي يدخلونها بعد ذلك.

٢-**أنْ يكون الموصى له معلوماً.** ومعنى ذلك ألاّ يكون مجهولاً جهالةً لا يمكن إزالتها، فلو أوصى لرجل من الناس لا تصحّ الوصية وتعتبر باطلة لأنّ الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فلا بدّ أنْ يكون الموصى له معلوماً حتى يمكن أن يدخل الموصى به في ملكه.

ويتمّ العلم بالموصى له إما بتعيينه باسمه كفلان ابن فلان أو بالإشارة إليه كأوصيتُ لهذا الشخص أو لهذا المسجد، وإما بتعريفه كقول الموصي أوصيت لفقراء المسلمين(3).

(١)ابن عابدين، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٦ ص٦٤٩
الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥١٢.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٠.
المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١٧٩.
(٢)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٣.
(٣)الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٣٠.
الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥١٣.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٤.

أمّا إذا كان الموصى له مجهولاً جهالة يمكن إزالتها كما إذا أوصى رجل بمبلغ من المال لأحد هذين الرجلين ومات قبل البيان فقد اختلف الفقهاء في هذا على **ثلاثة أقوال** :

القول الأول : يرى **أبو حنيفة والشافعية** أنّ الوصية لا تصح في هذه الحال لعدم تعيين الرجل المقصود(1).

القول الثاني : يرى **أبو يوسف** أنّ الوصية صحيحة ويكون الموصى به مناصفة بين الرجلين لأنّ الموصي لما مات قبل أنْ يعيّن شاعت الوصية لهما وليس لأحدهما بأولى من الآخر بها، كمن اعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان، إذ أن العتق في هذه الحال يشيع فيهما جميعاً فيعتق من كل منهما نصفه، وكذلك في هذه المسألة يكون لكل واحد منهما نصف الوصية(2).

القول الثالث : يرى **محمد بن الحسن** أنّ الوصية صحيحة ويعطى الخيار إلى ورثة الموصي في تعيين الموصى له لأنّ الإيجاب وقع صحيحاً لأنّ أحدهما وإنْ كان مجهولاً لكن جهالته يمكن إزالتها، كما أنّ الموصي لو عيّن أحدهما بعد ذلك صح تعيينه وكانت الوصية له، فإذا توفي قبل أن يعين فقد عجز عن التعيين بنفسه وإذا عجز عنه قام وارثه مقامه في ذلك(3).

جاء في المادة (٢٧٠) من **قانون الأحوال الشخصية الأردني** : "يشترط في الموصى له :

أ-أن يكون معلوماً.

الصاوي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٥٨٣.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٠٧.
(١)الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥١٣.
ابن عابدين، **الحاشية**، ج٦ ص٦٥٠.
الماوردي، **كتاب الحاوى الكبير**، مصدر سابق، ج٨/ ص٨٠٢.
الشيرازي، الفيروزأبادي، أبو إسحق، إبراهيم بن علي بن يوسف (المتوفى٤٧٦ه)، نشر ١٤٦١-١٩٩٥، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ط١، ٤٥٦/١، دار الكتب العلمية بيروت.
(٢)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج٧ ص٢٣٦.
(٣)الكاساني، المصدر السابق، ج٧ ص٢٣٧.

ب-إذا كان معيناً بالتعيين ، فيشترط وجوده وقت الوصية، أمّا إذا كان معرفاً بالوصف فلا يشترط وجوده وقت الوصية، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (٢٧٥) [١] من هذا القانون ".

٣-**ألاّ يكون الموصى له قاتلاً للموصي**، وقتله إمّا يكون بعد الوصية كأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل هذا الآخر ذلك الشخص، وإما أنْ يكون قبل الوصية كأن يضرب شخص أخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب وبعد الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط :

القول الأول : ذهب **الحنفية**[٢]**والشافعية في قول آخر**[٣] **والحنابلة في قول**[٤]إلى أنْ القتل يمنع صحة الوصية مطلقاً، والمنع شامل لما إذا كانت الوصية سابقة على القتل أو لاحقة له. ويستدلون على ذلك بقول الرسول ﷺ (ليس لقاتل وصية)[٥]. فهذا الحديث يدلّ على عدم الوصية للقاتل، ولأنّ القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية، فالوصية أولى بالمنع ومعاملة له بنقيض قصده.

---

(١)إذا كان الموصى له جهة من الجهات، فتكون أحكام الوصية، على النحو التالي :أ-تصح الوصية للمساجد، والمؤسسات الخيرية الإسلامية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة والوقف، وتصرف في عمارتها ومصالحها و فقرائها وغير ذلك من شؤونها، ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة.ب-تصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر دون تعيين جهة، وتصرف عندئذ في وجوه الخير.ج-تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر التي ستوجد مستقبلا، فان تعذر وجودها بطلت الوصية.

(٢)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥١٩.

ابن عابدين، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٥ ص٤١٦.

(٣)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٣.

(٤)البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٥٨.

المرداوي، ، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٧ ص١٧٤.

(٥)الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، **سنن الدارقطني**، رقم (٤٥٧١) في الأقضية عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب. قال الدارقطني: مبشر متروك يضع الحديث، انتهى.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكرى** في المعرفة،رقم (١٣٠٢٨) وقال: لا يرويه عن حجاج غير مبشر، وهو متروك، منسوب إلى الوضع، انتهى. وقال في التنقيح: قال أحمد: مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة وكذب.

القول الثاني : الراجح عند المالكية[1] والحنابلة في قول ثانٍ[2]إلى التفريق بين ما إذا حدث القتل بعد الوصية فيبطلها وبين إذا حدث سببه قبلها فلا يمنع صحتها، فإنْ كان قبل الجرح تجوز وإن كان بعد الجرح لا تجوز، لأنه قاتل وليس للقاتل شيء، ولأنّ الميراث أكثر حالاً من الوصية وقد سقط بالقتل فالوصية أولى، ومع إجازة الورثة تصير كسائر هبات الميت التي تقف على الإجازة[3].

أمّا بطلانها فيما إذا حصل القتل بعدها فلأنّ الظاهر أن القاتل استعجل الملك بالوصية فيعاقب بالحرمان كما في الميراث.

وأما عدم بطلانها في الصورة الثانية فلأنّ الظاهر حال الموصي أنّه أراد الإحسان إلى مَنْ ضربه، فالوصية في أصلها تنشأ باختياره وإرادته فيجب احترام إرادته بإبقاء وصيته صحيحة.

وقول **للمالكية**[4] أنّ الوصية تصح للقاتل إذا علم الموصي بأن هذا القاتل هو الذي ضربه، وأما إذا لم يعلم أنه هو الذي ضربه فتأويلان في صحة الوصية وعدم صحتها والظاهر الثاني.

والراجح القول الأول لقوّةِ أدلّتهم وهو الذي أيّده **القانون** والذي ذهب فيه الفقهاء إلى عدم صحة الوصية للقاتل مطلقاً ما دام مانعاً للإرث، ففي المادة (٢٧٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني جاء ما نصّه : " يمنع مِن استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى له الموصي أو المورث قتلا مانعا من الإرث "

---

(١)الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٦.

(٢)البهوتي، **كشاف الفناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٥٨.

(٣)السماني، الرحبي، أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد (المتوفى٤٩٩هـ)، **روضة القضاة وطريق النجاة**، تحقيق المحامي صلاح الدين الناهي، ١٤٠٤-١٩٨٤، ج٢ ص٦٨٥، ط٢، مؤسسة الرسالة بيروت، دار الفرقان عمان.

(٤)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٦.

ابن عبد البر، النمري، أبو عمر يوسف بن عبد الله، **الاستذكار**، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض ١٤٢١-٢٠٠٠، ج٨ ص٥٨، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.

٤- **ألاّ يكون الموصى له وارثاً للموصي**[1]، وهذا شرط مختلف فيه بين الفقهاء :

القول الأول : **جمهور المالكية**[2] **وقول للشافعية**[3] **ورواية عن الإمام أحمد**[4] وعند **الظاهرية**[5]، إلى أنّ الوصية للوارث غير صحيحة مطلقاً أجازها الورثة أم لم يجيزوها، فلو أوصى شخص لآخر وكان الموصى له وارثاً كانت الوصية باطلة، وذلك لقوله ﷺ : (لا وصية لوارث)[6].. هذا الحديث يفيد في ظاهره نفي الصحة فيكون معناه لا وصية صحيحة لوارث فلا يترتب عليها أثرها الشرعي وما دامت الوصية وقعت غير صحيحة لا تعمل الإجازة فيها شيئاً.

القول الثاني : **للحنفية**[7] **والشافعية**[8] **والظاهر من مذهب الإمام أحمد**[9] **والزيدية**[10]، أنّ الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة إن أجازوها نفذت

---

(١)ابن المنذر، **الإجماع**، مصدر سابق، ج ١ ص٧٦.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (المتوفى ١٢٥٠ه)، نشر ١٤٠٧-١٩٨٧، **الدراري المضية شرح الدرر البهية**، ط١، ٤٢٥/٢ دار الكتب العلمية.

المنبجي، الإمام أبو محمد علي بن زكريا (المتوفى٦٨٦ه)، نشر١٤١٤ه-١٩٩٤م، **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب**، تحقيق الدكتور محمد فضل عبد العزيز المراد ط٢ ج٢ ص٧٩٢ دار القلم دمشق.

ابن حزم، **المحلّى**، مصدر سابق، ج٩ ص٣١٦.

القرطبي، ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٣٤.

(٢)ابن عبد البر، **الاستذكار**، مصدر سابق، ج٧ ص٦٦٣-٦٦٧.

القرطبي، ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٣٤.

(٣)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٣.

(٤)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١٢٤.

(٥)ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٩ ص٣١٦.

(٦)أبو داود في **السنن** رقم (٢٩١) ج٣ ص٢٩٠، من حديث أبي إمامة، وكتاب الوصايا باب ما جاء في الوصية للوارث رقم (٢٨٧٠)

الترمذي في **السنن**، كتاب الوصايا: باب ما جاء "لا وصية لوارث رقم (٢١٢٠) ج٤ ص٤٣٢

ابن ماجة في **السنن** ٩٠٥/٢ كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث رقم (٢٧١٣) ج٢ ص٩٠٥.

(٧)الحصكفي، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، مصدر سابق، ج٦ ص٦٥٦.

الغنيمي، الميداني، الدمشقي، عبد الغني **اللباب في شرح الكتاب**، تحقيق محمود أمين النواوي دار الكتاب العربي ج١ ص٤١٣.

(٨)الشيرازي، الفيروزأبادي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (المتوفى٤٧٦هـ)، **التنبيه في الفقه الشافعي**، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر، ١٤٠٣هـ، ص١٤٠، عالم الكتب-بيروت.

(٩)ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٨ ص١٢٣.

(١٠)ابن المرتضى، عز الدين أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن علي اليماني، نشر ١٣٦٦ه-١٩٤٧م، **كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، تعليقات وتصحيح عبد الله بن عبد الكريم الجرافي ط١ ج٦ ص٣٥٢ دار الحكمة اليمانية.

وإلّا بطلت، وقد استدلّوا على ذلك بحديث (لا وصية لوارث) ثم قالوا لقد ورد في بعض روايات الحديث زيادة ...(إلاّ أن يجيزها الورثة)[1] وهذه الزيادة تفيد أن الوصية تقع صحيحة وتصبح نافذة بإجازة الورثة ولا يصح القول بأنها تقع باطلة لما جاز أن تنقلب صحيحة بالإجازة لأن الباطل لا يتحول إلى صحيح بالإجازة.

والمعتبر في كونه وارثاً عند هؤلاء هو كونه كذلك وقت الوفاة لا وقت إنشاء الوصية، واستدلّوا كذلك بقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ ﴾ (سورة البقرة: الآية١٨٠) . فهذه الآية تفيد مشروعية الوصية للوالدين والأقربين ولم تفرق بين أن يكون الموصى له وارثاً أو غير وارث وهذا يدل على وجوب الوصية للوارث كغير الوارث سواء بسواء.

ويعترض على هذا الاستدلال بأن الآية منسوخة بآيات المواريث وبقوله ﷺ (إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) [2]. إذ أنّ آية الوصية كانت أسبق نزولاً.

وقد رجح علي الخفيف الرأي القاضي بجواز الوصية للوارث في حدود الثلث، إذا لم يسلم دليل يدل على عدم نفاذ الوصية للوارث في حدود الثلث، على الرغم من كثرة من رفض تصحيح الوصية للوارث من بين فقهاء السلف والخلف[3].

---

(١)الدارقطني، **سنن الدارقطني**، كتاب الفرائض والسير، رقم (٤١٠٨) وفي كتاب الوصايا عن عمرو بن خارجة رقم (٢٤٥٢) ومن حديث ابن عباس رضي الله عنه (إلا أن يشاء الورثة) كتاب الفرائض، رقم (٤١٠٤) وفي كتاب الوصايا رقم (٤٢٥١) قال ابن حجر: إسناده حسن كما في بلوغ المرام من أدلة الأحكام، باب الوصايا رقم (٩٨٩) والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوصايا، باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين الوارثين رقم (١٢٥٣٣) قال البيهقي: عطاء الخرساني لم يدرك ابن عباس ولم يره، قال أبو داود وغيره، عطاء الخرساني ليس بقوي كما في السنن الكبرى ج٦ ص٤٣١.

(٢)سبق تخريجه ص٦٦

(٣)الخفيف، علي، **أحكام الوصية بحوث مقارنة** تضمن شرح قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦،ط١ ص ١٧٣، دار الفكر العربي.

أمّا في **القانون** فقد اختار عدم صحة الوصية للوارث إلاّ إذا أجازها الورثة كما جاء في نص المادة (ج/ ٢٧٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " **لا تنفذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"** مؤيداً في ذلك رأي الحنفية والشافعية وظاهر قول الحنابلة وذلك لقوة دليلهم بما جاء في تكملة الحديث .

الركن الرابع : الموصى به :

الموصى به هو محل الوصية الذي يثبت في الملك للموصى له .

المبحث الثاني

الشفعة

المطلب الأول

مفهوم الشُفعة

أولاً : الشفعة في اللغة :

الشفعة : من شفع يشفع شفعاً، بمعنى الضم والزيادة والتقوية، وتطلق أيضا فيراد بها المال المشفوع فيه، وتطلق ويراد بها تملك ذلك المال، قال في المصباح المنير : شفعت الشيء شفعا من باب نفع ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها اثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة، وهي مثال غرفة، لأنّ صاحبها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك، ومنه قولهم : من ثبت له شفعة فأخر الطلب بغير عذر بطلت شفعته، ففي هذا المثال جمع بين المعنيين، فإن الأولى للمال والثانية للتملك [1].

ثانياً : الشفعة في الاصطلاح الشرعي :

اختلف الفقهاء في تعريف الشفعة تبعاً لاختلافهم في موجباتها، ولشروطها وفيمن لهم حق الشفعة :

عند الحنفية : الشفعة : حق تملك المرء جبراً على المشتري بما قام عليه أو ما بيع من عقار أو ما هو في حكم العقار مما هو متصل بعقاره من شركة أو جوار بمثل الثمن الذي قام عليه المشتري، وذلك لدفع ضرر الشراكة أو الجوار [2].

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج٨ ص١٨٣.
الفيومي، **المصباح المنير** في غريب الشرح الكبير، مصدر سابق ج١ ص٣٠٥.
مصطفى، إبراهيم ومجموعة، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، باب الشين ج١ ص٤٨٧.
القونوي، الرومي الحنفي، القاسم بن عبد الله بن أمير علي (المتوفى٩٧٨ه)، **أنيس الفقهاء** في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق يحيى مراد، ص١٠٠.
الفيروزأبادي، **القاموس المجيط**، مصدر سابق، فصل الشين ص٩٤٨.
(٢)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٣٩.

وفي التعريفات : الشفعة هي تملك البقعة جبرا بما قام على المشتري بالشركة والجوار[1].

عند المالكية : الشفعة : استحقاق لشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه[2]. قوله : شريك قيد أخرج به الجار والشريك في حق المبيع. وقوله : مبيع قيد خرج به الموهوب بلا عوض، وكذا الموروث، وعرّفه ابن عرفه بقوله : الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه[3].**عند الشافعية** : الشفعة : تملّك قهري يثبت للشريكِ القديم على الحادث فيما ملك بعوض[4].

عند الحنابلة : الشفعة : استحقاق الشريك انتزاع حصة لشريكه من يد من انتقلت إليه إن كان مثله أو دونه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد[5]، فقوله : (الشريك) قيد خرج به الجار والشريك في حق المبيع. وقوله : (إن كان مثله أو دونه) قيد خرج به الكافر فلا شفعة له على مسلم، وقوله : (بثمنه الذي استقر عليه العقد) خرج به الموهوب والموروث وما كان صداقا أو عوض خلع أو نحوهما.

مما تقدّم تتضح العلاقة بين المعنيين اللغوي والشرعي، فإذا كانت الشفعة لغة بمعنى : الضم والزيادة، فإن الشفيع بانتزاعه حصة شريكه من يد من انتقلت إليه بضم تلك الحصة إلى ما عنده فيزيد بها تملكه، فالضم والزيادة موجودان في المعنيين اللغوي والشرعي، غير أن الشفعة في عرف الشرع اعتبر فيها قيود جعلتها أخص من معناها في اللغة.

البابرتي، **العناية شرح الهداية**، مصدر سابق، ج٩ ص٣٦٩.
(١)الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص١٦٨.
(٢)الدسوقي، **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٣ ص٤٧٣.
(٣)النفراوي، شهاب الدين المالكي، أحمد بن غنيم بن مهنا، (المتوفى١١٢٦هـ)، **الفواكه الدواني** على رسالة ابن أبي زيد القيراوني، نشر١٤١٥-١٩٩٥، ج٢ ص١٥٠، دار الفكر بيروت.
(٤)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٩٦.
الأنصاري، زكريا، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٦٣.
(٥)المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، ج٧ ص١٢٦.
البهوتي، **كشاف القناع**، ج٣ ص٣٥٦.
المزيني، أبو عثمان، **التعاريف المهمة لطلاب الهمة**، ص٥.

ثالثاً : الشفعة في القانون المدني :

جاء في المادة (١١٥٠) من القانون المدني الأردني تعريف الشفعة على أنّها : " حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات "[١].

وواضح من هذا التعريف أن الشفعة تفترض أن هناك شفيعاً وهو الذي يأخذ الشفعة، ومشفوعاً منه وهو المشتري، وبائعاً لهذا المشتري، وعقاراً مشفوعاً به وهو العقار المملوك للشفيع وقد شفع به، وعقاراً مشفوعاً فيه وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري وشفع الشفيع فيه وليبدو أن المشرع الأردني لم يوفق باستعماله التعبير أنّ الشفعة حق فالأدق في التعريف هو أنّ الشفعة سبب لكسب ملكية عقار.

فالفرق كبير بين الحق نفسه وبين أسباب كسبه، فالملكية مثلا حق عيني ولكنها تكتسب بالميراث والوصية والحيازة والشفعة والاستيلاء والالتصاق.

والشفعة هي خيار للشفيع فله أن يستعمله، ومن ثم فلا يكره عليه ولا تجوز إلاّ في العقار ومتى ثبت الحق في تملك العقار المبيع، ولو جبرا على المشتري وبموجب حكم القضاء يعتبر عقداً حقيقياً[٢].

وفي الوسيط للسنهوري : الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري[٣]....

ونلاحظ أنّ بعض فقهاء القانون فرقوا في معنى الشفعة أنها رخصة أو حق.ومنهم من قال أنّها : حق يجيز لصاحبه انتزاع العقار المبيع من المشتري[٤].

---

(١)**القانون المدني الأردني** رقم (٣٦) لسنة ١٩٧٦.

(٢)حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تحقيق تعريب المحامي فهمي الحسيني، ج٢ ص٩٨٣ دار الكتب العلمية لبنان بيروت.

(٣)السنهوري، عبد الرزاق **الوسيط في شرح القانون المدني**، ١٩٦٤م، ط٢ ج١.

(٤)يكن، زهدي، **كتاب الشفعة**، نشر ١٩٤٥م، ص٢٠، مكتبة صادر بيروت.

المطلب الثاني

مشروعية الشفعة

الشفعة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب العزيز : قوله تعالى: ﴿...وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ ۝٧﴾ (سورة الحشر: ٧).

وأما السنة فقد ورد بمشروعيتها جملة أحاديث وآثار نذكر منها ما يلي :

١ – ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما : (أن النبي ﷺ جعل الشفعة في كل مالٍ لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)[١].

٢ – وروى البخاري في صحيحه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : (قضى رسولُ الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)[٢]

٣-ولمسلم بسنده إلى جابر قال : (الشفعة في كل شرك من أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه)[٣] وفي رواية للترمذي : (من كان له شريك في حائط فلا يبيع نصيبه من ذلك حتى يعرضه على شريكه)[٤].

٥- وللترمذي بإسناده إلى ابن عباس رضي الله عنه :أن النبي ﷺ قال : (الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء)[٥].

٦- وللبخاري والبيهقي، واللفظ للبخاري بإسناده إلى عمرو بن الشريد قال : وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي،

---

(١)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٢٢١٣) ج٣ ص١٠٤.

(٢)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٢٢٥٧) ج٣ ص١١٤.

(٣)مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٤٢١٤) ج٥ ص٥٧.

(٤)الترمذي، **السنن**، مصدر سابق، رقم (١٣١٢)، ج٣ ص٩٠٣.

(٥)الترمذي، **السنن**، مصدر سابق، رقم (١٣٧١)، ورجاله ثقات كما عند الترمذي، ج٣ ص٦٥٤.

إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ قال : يا سعد، ابتع مني بيتي في دارك، فقال سعد : والله ما أبتاعهما، فقال المسور : والله لتبتاعنّهما، فقال سعد : والله لا أزيدك على منجمّة أو مقطّعة، فقال أبو رافع : لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أنّي سمعت رسول الله ﷺ يقول : (الجار أحق بسَقَبِه ما أعطيتكها بأربعة آلاف، وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه)(١).وجه الدلالة من الأحاديث الشريفة قضاء النبي ﷺ بالشفعة بين الشركاء دليل الجواز والإباحة، ولو لم تكن مباحة لما قضى بها النبي ﷺ(٢).

وأما الإجماع : أجمع أهل العلم على القول بالشُفعة(٣)، ولم يعرف فيها مخالف إلا ما نقل عن أبي بكر بن الأصم من إنكارها، بحجة : أنّ في إثباتها إضرارا بأرباب الأملاك، حيث إن المشتري يحجم عن الشراء إذا علم أن ما يشتريه سينتزع منه فيتضرر الملاك بذلك(٤).

---

(١)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٢٢٥٨) ج٣ ص١١٤.

(٢)البرشومي، عبد الفتاح عبد الله، **الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي**، نشر ١٩٨٨، ص١٢، ط١، دار الطباعة المحمدية _ القاهرة.

(٣)ابن المنذر، **الإجماع**، مصدر سابق، ص١٣٦.

(٤)**مجلة البحوث الإسلامية**-العدد١٨-إصدار عام ١٤٠٧هـ- الشفعة، مشروعية الشفعة، ص١٨.

المطلب الثالث

الحكمة من مشروعية الشفعة

مما هو مقرر في شريعتنا الإسلامية أنها تهدف إلى تحقيق العدل وتعميم الرخاء وتحصيل المصالح ودرء المفاسد فهي عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه، والشفعة شرعٌ شرعها الله تعالى بلسان رسوله ﷺ فلا شك أن هناك حكمة لمشروعيتها اقتضاها عدله تعالى بين عباده ورحمته بين خلقه، ولا شك أنّ من الحكمة في مشروعيتها إزالة الضرر بين الشركاء أو الضرر مطلقاً، فإن الشركات في الغالب تعتبر موطناً للخصومات ومحلا للتضرر والتعديات، قال تعالى: ﴿...وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ... ﴾ (سورة ص:٢٤).

جاء في إعلام الموقعين : " ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة "(١).

وفي مجمع الأنهر : أن الحكمة في مشروعيتها دفع ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأبيد كإيقاد النار، وإعلاء الجدار، وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار، وإقامة الدواب والصغار(٢).

ومن حسن العشرة اقتضاء رعاية مصلحة الشريك أو الجار، ورعاية المصلحة أمر مطلوب شرعاً أيضاً.

---

(١)ابن القيم، الزرعي، محمد بن أبي بكر أيوب، نشر ١٩٧٣م، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق : طه عبد الرءوف سعد ج٢ ص١٣٩ دار الجيل – بيروت.

(٢)الكليبولي، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، مصدر سابق، ج٤ ص١٠٢.

المطلب الرابع

التكييف القانوني للشُفعة

لما كانت الشفعة تعدُّ وسيلة جبرية لكسب الملكية بالإرادة المنفردة للشفيع، وأنّها وسيلة تبعية غير أصلية لكسب الملكية، حيث تشترط سبق تصرف المالك فيما يملك، فتأتي الشُفعة وتنقل التصرف إلى الشفيع، فتعدّدت الآراء وثار خلاف حول تكييف الشفعة وهل تعتبر من الحقوق العينية أو الشخصية. والباعث على هذا الجدل هو البحث في بعض الآثار الخاصة بالشفعة والتي تتوقف على تحديد طبيعتها كتحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة وتحديد مدى اتصال الشفعة بشخص الشفيع :

فذهب البعض[١] إلى أن الشفعة حق شخصي[٢] لا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر والنزول عنه للغير، مما يترتّب عليه نشوء علاقة شخصية تترجم في صورة التزامات محدّدة يلتزم بها المدين تجاه صاحب الحقّ، ومن خلال علاقة الشفيع بالبائع والمشتري، كما أنّ الشفعة تتضمن بعض الالتزامات التي يتحمّلها البائع كاحترام رغبة الشفيع في تملك المبيع [٣].

وذهب البعض الآخر[٤] إلى أن الشُفعة مجرد رخصة، لأنّ التميّز الذي تمنحه الشفعة للشفيع يتطابق مع الميزات القانونية التي تمنحها الرخصة، فاستعمال الرخصة عادة ما يتوقف على محض إرادة ومشيئة صاحبها وهذه الميزة متحققة بالشفعة، فالشفيع يستعمل الشفعة وتملّك المال المشفوع فيه أو عدم استعمال هذه الرخصة بمحض إرادته ومشيئته، ولا يتوقف ذلك على إرادة البائع أو المشتري[٥].

---

(١)الدسوقي، أبو الليل، إبراهيم، **خيار الشفعة**، ص١٤، بحث منشور في مجلة الحقوق السنة الثانية عشر العدد الثاني سنة النشر ١٩٨٨، كلية الحقوق – جامعة الكويت.

(٢)الحق الشخصي : هو الالتزام ويسمى حقا إذا نظر إليه من جهة الدائن، ودين أو التزام إذا نظر إليه من جهة المدين، وقد عرفته المادة (٦٨) من القانون المدني الأردني الحق الشخصي ورابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضياتها الدائن مدين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

(٣)السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج٩ ص٤٤٩.

زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٣٨٧.

(٤)منهم د.عبد المنعم فرج الصده و د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل و رمضان أبو السعود و ياسين محمد يحيى (د.عبد المنعم فرج الصده، **محاضرات في القانون المدني**، نشر١٩٦٣، ج٣ ص٧٧، دار النهضة العربية – بيروت)

(٥)سعد، نبيل إبراهيم، **الشفعة علماً وعملاً**، نشر١٩٩٧، ص١١، منشأة المعارف – الأسكندرية.

المطلب الخامس

أركان الشفعة

١- الصيغة :

لا خلاف بين الفقهاء[١] في أنّ الشفيع يملك الشقص المشفوع فيه بكل لفظ يدل على أخذه، بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو أخذتُ بالشفعة أو نحو ذلك، إذا كان الثمن والشقص معلومين وحصل عن تراضٍ بين الشفيع والمشفوع منه على الأخذ بالشفعة، ولا يفتقر إلى حكم حاكم، لأن تملّك مال الغير مما لا سبيل إليه في الشّرع يكون بالتراضِ، ولأنّ الرضا قد تمّ بينهما وهو أساس المعاوضات متى سلمت الصفقة من الخلل.

واختلف الفقهاء في ثبوت الملك إذا لم يكن هناك تراضٍ بين الشفيع والمشفوع عليه :

١) يرى **الحنفية** : أن الشفيع لا يملك الشقص المباع إلاّ بحكم الحاكم ما دام لم يحصل تراضٍ بينهما، لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهراً، فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذه دينه [٢].

٢) يرى **المالكية** : أن الشفيع يملك الشقص بإحدى ثلاث :

أ- بحكم الحاكم له بثبوت البيع عنده.

ب- دفع الثمن من الشفيع للمشتري وإن لم يرضَ المشتري به.

ت- إشهاد الشفيع على الأخذ بالشفعة ولو في غيبة المشتري[٣].

---

(١)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٤ ص١٥٤.
الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٤٢.
الصاوي، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٠٠.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٩٦.
ابن قدامة، **المغني**،ج٧ ص١٢٩.
(٢)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٤٦.
الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٥٠.
(٣)الصاوي، **بلغة السالك**، مصدر سابق، ج٣ ص٤١١.
الدردير، **الشرح الصغير**، مصدر سابق، ج٣ ص٦٤٧.

٣) يرى **الشافعية** : أن الشفيع يملك الشقص المباع بكل لفظ يدل على التملّك كـ تملكتُ أو أخذتُ بالشفعة أو اخترتُ الأخذَ بالشفعة، ويقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس المفهمة، وذلك بشرط تسليم العوض إلى المشتري أو التخلية بينهما إذا امتنع تسلمه من الشفيع أو يلزمه القاضي أو يقبضه عنه القاضي، وشهادة عدلين على طلب الأخذ بالشفعة[١].

٤) يرى **الحنابلة** : أن الشفيع يملك الشقص بأخذه بكل لفظ كأن يقول أخذته بالثمن أو القيمة أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك. إذا كان الشقص والثمن معلومين، ولا يفتقر إلى حكم حاكم، لأنه حقّ ثبت بالنص والإجماع كالردّ بالعيب[٢].

وفي **القانون المدني الأردني** : نصّت المادة (١١٦٤) منه على أنه : " يثبت الملك للشفيع في البيع بقضاء المحكمة أو تسليمه من المشتري بالتراضي وذلك مع مراعاة قواعد التسجيل "[٣].

٢-الشفيع :

وهو من يثبت له الحق، وقد اتّفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار ما لم يقسم، وذلك بأن يشترك جماعة في أرض مثلاً ولكل منهم حصة شائعة كالثلث أو الربع، فلو باع أحدهم حصته أو جزء منها كان لجميع الشركاء في العقار حق الشفعة، وعند ذلك إمّا أن يتم تقسيم أسهم المباع على عددهم بالتساوي أو على نسبة حصة كل شريك منهم[٤].

---

(١)الهيتمي، ابن حجر شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي (المتوفى٩٧٤هـ)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج،** ج٦ ص٦٥، دار الفكر بيروت.

(٢)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٧-٢١٨.

(٣)**القانون المدني الأردني،** رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٤)العيني، بدر اليدن، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين (المتوفى٨٥٥هـ)، **البناية شرح الهداية**، تحقيق أيمن صالح شعبان، ١٤٢٠-٢٠٠٠، ج١٠ ص٣٢٢، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.
الحطاب،، **مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل،** مصدر سابق، ج٥ ص٣١٠.
النووي، **روضة الطالبين،** مصدر سابق، ج٤ ص١٧٥.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٢٢٠.

بدليل ما رواه جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ (قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم)[1]. وما رواه أيضاً جابر ﷺ أنه ﷺ (قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربّعه أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذن فهو أحقّ به)[2].وجه الدلالة من الأحاديث السابقة أنه صريحة في ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم.

(١)البخاري، **الصحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم (٦٥٧٥) ج٦ ص٢٥٥٩. النسائي، السنن، مصدر سابق، ج٧ ص٣٢٠.

(٢)مسلم، **الصحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم(١٣٤) ص٦٢٥. أبو داود، السنن، مصدر سابق، رقم(٣٥١٣) ج٣ ص٢٨٣.

المطلب السادس

شروط الشفعة

١- **ملكية الشفيع لما يشفع به** : أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به وقت شراء العقار المشفوع فيه، لأنّ سبب الاستحقاق جواز الملك، والسبب إنّما ينعقد سبباً عند وجود الشرط والانعقاد أمرٌ زائد على الوجود[(١)].

فإنْ كان غير ذلك فلا شفعة فيه، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (لا شفعة إلاّ في رَبْعٍ أو حائط)[(٢)]، لأنّ الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً إنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام، وذلك لا يتحقق إلاّ في العقار ولا تجب إلاّ في العقار أو ما في معناه[(٣)].

وفي القانون المدني الأردني :

لا تثبت الشفعة إلا في العقارات المملوكة ملكاً صرفاً، وعليه فلا شفعة في المنقول وعليه ما جاء في المادة (١١٥٦) منه :

" يشترط في المبيع الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقار مملوكاً أو منقولاً في نطاق الأحكام التي يقضي بها القانون " إلّا أنّنا نرى أن الشفعة لا تثبت إلّا في العقارات في القانون المدني الأردني، كما أنّ المواد التالية التي تنظم شروط وإجراءات الشفعة تشير بوضوح إلى ثبوتها في العقار فقط، وورود كلمة (منقولاً) في المادة(١١٥٠) لم يقصد المشرع الأردني إقرار الشفعة في المنقولات، وكذلك الحكم بالنسبة للعقار إذا كان من

---

(١)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٤٧.
الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤١٢. الشربيني، **الإقناع في حل الفاظ أبي شجاع**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٤.
المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٦٧.

(٢)البزار من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه، وسنده ضعيف وفيه ابن جريج وأبو الزبير مدلسان (الزيلعي، جمال الدين عبد الله بن يوسف، **نصب الراية تخريج أحاديث الهداية**، ١٩٩٥، ط١، ج٥ ص٢٣)

(٣)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٤.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص١٣٩.

الأموال العامة، أو من العقارات المملوكة للدولة والتي تتصرف بها الدولة تصرف الأفراد في أموالهم لأن هذه العقارات تباع في المزاد العلني[1].

٢- **أنّ يكون هنالك عقد بيع رسمي أو هبة بعِوض** : تجب الشفعة في البيع لانتقال المبيع إلى المشتري بعوض، ولا تجب فيما ليس ببيع أو فيما انتقل بغير عوض بحال، وتجب في الهبة بشرط العِوَض، فإنْ تقابضا وجبت الشفعة وإنْ قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة[2].

وفي **القانون المدني الأردني** : جاء في المادة (١١٥٥) منه :

١- تثبت الشفعة بعد البيع الرسمي مع قيام السبب الموجب لها.

٢- وتعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع.

أي أنّ ثبوت الشفعة في البيع الرسمي مع قيام السبب الموجب لها وفي الهبة بشرط العوض، لأنها تعتبر في حكم البيع، ويجب لثبوت الشفعة أن يتم عقد البيع رسمياً، أمّا إذا كان العقار واقعاً في منطقة لم تعلن التسوية فيها أو استثنيت منها فإنّه لا يشترط تسجيله في دائرة التسجيل.

أمّا إذا كان واقعاً في منطقة تمت فيها التسوية فيجب لثبوت الشفعة أنْ يكون العقار المشفوع فيه قد تم بيعه على الوجه القانوني الصحيح وانتقلت ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وهذا لا يتّحقق إلاّ بتسجيل عقد بيع العقار في دائرة التسجيل، وقبل التسجيل لا تثبت الشفعة لأنّ البيع يعتبر في هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً والشفعة لا تثبت إلاّ إذا انعقد البيع على الوجه الصحيح، علماً بان ما يلزم للأخذ بالشفعة أن يكون البيع الصادر إلى المشفوع منه قائماً وقت طلب الشفعة، لان مجرد المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد غير كافية لثبوت الشفعة[3].

---

(١)سوار، محمد وحيد الدين، **أسباب كسب الملكية**، نشر ١٩٩٤، ص١٨٣، مكتبة دار النهضة للنشر والتوزيع-عمان.

(٢)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١١٩.

المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٢.

(٣)المذكرات الإيضاحية، ج٢ ص٧٦٤.

وتَشْترط الشريعة الإسلامية على الرأي الذي أقرّته المجلة، لثبوت حق الشفعة تملك المشفوع بعقد المعاوضة كالبيع أو ما في حكمه والمقصود بما هو في حكم البيع الهبة بشرط العوض لأنّ الهبة في هذه الحالة تتضمن مبادلة المال بالمال(١).

إلاّ أنّ الشفعة لا تجري في الهبة بلا عوض، ولا في الميراث ولا في الصدقة ولا في الوصية(٢).

٣- **بقاء الملكية لحين الأخذ بالشفعة** : أنْ يبقى الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به حتى يمتلك العقار المشفوع فيه بالرضا أو بحكم الحاكم ليتحقق الاتصال وقت البيع(٣).

أمّا في **القانون المدني الأردني** : فقد نصّت المادة (١١٥٧) منه على أنه : " يشترط في العقار المشفوع به أن يكون مملوكاً للشفيع وقت شراء العقار المشفوع "(٤).

وتفصيله كما يلي :

١) أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به ملكية سابقة على البيع الذي أخذ فيه بالشفعة، ويجب استمرار الملكية إلى حين ثبوت الحقّ بالشفعة.

٢) أنْ يبقى سبب الشفعة قائماً لحين تمام الأخذ بها، كما نصّت محكمة التمييز على أنّه : من المبادئ المسلّم بها فقهاً وقضاءً أنّ الشرط الأساسي للمطالبة بحقّ الشفعة بسبب الشراكة أنْ يكون الشفيع مالكاً لحصصه المشاعة وقت بيع العقار المشفوع وأنْ تكون ملكيته نهائية، وأنْ يبقى كذلك حتى يتملّك العقار المشفوع بالقضاء أو بالرضا، فإنْ زالت ملكيته قبل ذلك سقط حقه في الشفعة(٥).

فيكفي لثبوت الشفعة في القانون المدني الأردني أن يكون العقار المشفوع به مملوكاً للشفيع وقت إبرام العقد(٦).

---

(١)باز، سليم رستم، **شرح المجلة**، مصدر سابق، ج١ ص٥٧١.
(٢)حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، المادة (١٠٢٣) ٦٩٥/٢.
(٣)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٥ ص٢٥٥.
الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٩.
(٤)**القانون المدني الأردني**، رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
(٥)السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج٩ ص٥٨١.
سوار، محمد وحيد الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، ١٩٩٤، ج٢ ص٧٢، دار الثقافة – عمان.
(٦)باز، **شرح المجلة**، مصدر سابق، ج١ ص٩٦.

ولإيضاح أحكام الشفيع لا بدّ لنا من بحث المسائل التالية :

المسألة الأولى :

شفعة الذمي في الفقه الإسلامي :

الشفعة تثبت للذمّي على الذمّي باتفاق الفقهاء، لأنهما تساويا في الدين والحرمة، فثبتت لأحدهما على الآخر[1].

واتّفقوا كذلك على ثبوت الشفعة للمسلم على المسلم وللمسلم على الذميّ، إذا تحقّق سببها وهو اتصال الملك بالشركة أو الجوار، وانتقال الملك على الشريك الحادث أو الجار.

واختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة للذميّ على المسلم :

١- عند **الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية** : أن الشفعة تثبت للذميّ على المسلم بدليل عموم الأحاديث الواردة في الشفعة السالفة الذكر، ووجه دلالتها أن لفظ الشريك من صيغ العموم لأنّه اسم جنس مضاف إلى معرفة، فاللفظ يتناول المسلم وغير المسلم[2].

وروي عن شريح أنّه قضى بالشفعة للذميّ على المسلم وكتب بذلك إلى عمر رضي الله عنه فأجازها بمحضر من الصحابة من غير إنكار، فكانَ إجماعاً على ثبوت الشفعة للذمي على المسلم[3].والمسلم والذميّ قد استويا في الحكم والسبب، وهو دفع الضرر عن الشريك أو الجار، وذلك يستوي فيه المسلم والذميّ كالردّ بالعيب[4].

---

(١)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج٥ ص٢٤٩. الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٧ ص٣٦٧.

(٢)الصنعاني، محمد بن إسماعيل (المتوفى١١٨٢هـ)، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** جمع أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر، راجعه محمد خليل هراس، ج٣ ص٩٧، دار الفرقان- عمان.

(٣)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٤ ص٢٦٩.

(٤)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٧ ص٣٦٨.

٢-عند **الحنابلة** : الشفعة لا تثبت للذميّ على المسلم[1]، واستدلوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (لا شُفعة لنصرانيّ)[2]، هذا النصّ يخصّص به عموم الأحاديث الواردة في السنة، ويقتصر ثبوتها للمسلم على المسلم وللمسلم على الذمّي، ويخرج من العموم الذميّ فلا يكون شفيعاً على المسلم [3].

الرأي المختار : هو رأي الجمهور الذي يقضي بثبوت الشفعة للذميّ على المسلم لقوة أدلّتهم، والحديث الذي احتجّ به الحنابلة ضعيف من الأحاديث المنكرة لا يحتجّ به ولا يصحّ أنْ يكون مخصصاً للعموميات الواردة في ثبوت الشفعة للمسلم والذمي على حدّ سواء.

ثم إنّ في إثبات الشفعة للذمي على المسلم إظهار لسماحة الإسلام ومبدأ الحرية المنضبطة التي جاء بها الدين الحنيف.

وفي **القانون المدني الأردني** :

نصّت المادة من القانون المعدّل للأحكام المتعلقة بالأموال المنقولة رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٢ : " لا يمارس حق الأولوية إلاّ من قِبَل الشريك في المال غير المنقول ".. ولفظ (الشريك) عام، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد ما يقيّده أو يخصّصه، فلا فرق في إتاحة الشفعة بين المسلم وغير المسلم[4].

المسألة الثانية :

شفعة المحجور عليه :

اختلف الفقهاء في شفعة المحجور عليه كالصبي والمجنون والسفيه والمفلس، أمّا شفعة المحجور عليه كالصبي فقد اختلفوا على قولين :

---

(١)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٢٢٢. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (المتوفى ١٠٥١ه)، نشر ١٤١٤ه-١٩٩٣م، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى** المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج٢ ص٣٥١، ط١، عالم الكتب- بيروت.

(٢)البيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة، ج٦ ص١٠٨، وهو حديث ضعيف من الأحاديث المنكرة، قال الألباني في (الإرواء) رقم (١٥٣٣) منكر.

(٣)الصنعاني، **سبل السلام**، مصدر سابق، ج٣ ص١٠٠.

(٤)المعايطة، بسمة، **الشفعة في القانون المدني الأردني**، ٢٠٠٣م، ص١٠، نقابة المحامين الأردنيين.

الأول: قول **الجمهور**[1] من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم والشيعة الإمامية والإباضية، أنّ الشفعة تثبت للصبي، واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ : (فإنْ باعه ولم يؤذنه فشريكه أحقّ به) [2]. فلفظ الشريك من صيغ العموم يتناول كل شريك لا فرق بين محجور عليه وغيره.

والشفعة إنّما شرعت لدفع الضرر، والمحجور عليه يتضرّر بتركها فتثبت له الشفعة ولا يطالب بها، لأنّه ليس أهلاً للتصرف فيقوم وليّه مقامه كسائر التصرفات[3].

الثاني: قول **ابن أبي ليلى والنخعي والزيدية**[4]، أنّ الشفعة لا تثبت للصبي، ودليلهم أنّ المحجور عليه بحق نفسه لا يمكن الأخذ بنفسه ولا عن طريق وليّه لأنه ليس أهلاً للتصرف ما دام محجوراً عليه، ولا يمكن انتظار بلوغه إن كان صبياً أو إفاقته إن كان مجنوناً لما فيه من إضرار بالمشتري، ولا يأخذ له الولي لأنه لا يملك العفو عن الشفعة فلا يمكن الأخذ بها، فمن لا يملك العفو لا يملك الأخذ[5].

الرأي المختار :

هو رأي الجمهور بثبوت الشفعة للصغير ومن في حكمه لقوة أدلتهم، ولأن هناك فرق بين الأخذ والعفو، فالعفو إسقاط والأخذ استيفاء له، والولي إنما يتصرف بما هو في مصلحة المولّى عليه فلا يملك إلاّ ما يجلب المصلحة[6].

---

(١)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٤ ص٢٨٠. الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٣٢.
الدردير، **الشرح الصغير**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٤٠.
الشربيني، **الإقناع**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٢.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ٧ ص١٦٢. ابن مفلح، **المبدع**، مصدر سابق، ج٥ ص٢١٢.
ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٤.
الحلّي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٥٥.
إطفيش، **شرح كتاب النيل**، مصدر سابق، ج١١ ص٣٣٦.
(٢)سبق تخريجه ص٦٨ .
(٣)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٦٢.
(٤)الشوكاني، **الدراري المضيئة**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٩٣.
(٥)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٦٢.
(٦)ابن قدامة، المصدر السابق، ج٧ ص١٦٣.

أمّا المفلس فليس للغرماء منعه من الأخذ بالشفعة، لأنّه غير محجور عليه في ذمّته وليس لهم جبره على الأخذ بها، لأنّها معاوضة مالية فلا يجبر عليها كسائر المعاوصات[1].

وذهب **القانون المدني الأردني** إلى أنْ يكون الشفيع بالغاً سنّ الرشد ويتمتّع بقواه العقلية وكامل الأهلية وغير محجور عليه، حيث أنّ الأخذ بالشفعة في حكم الشراء وعلى اعتبار أنّه من أعمال التصرف، فإنّه يتوجب توافر الأهلية في من يباشرها، وهذه هي أهلية التصرف، أمّا إذا كان قاصراً فيحقّ لوليّه أن يأخذ بالشفعة نيابة عنه، وإذا كان محجوراً عليه فالقيّم يأخذ بالشفعة في هذه الحالة[2].

---

(١)النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٤ ص١٦٠.

البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، مصدر سابق، ج٢ ص١٦٠.

(٢)السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج٩ ص٥٨٩.

القدومي، منال فتحي، **الشفعة في القانون المدني الأردني**،١٩٩٨، ص٢٢، نقابة المحامين الأردنيين- عمان.

المطلب السابع

تعدّد الشفعاء

١- التزاحم بين الشفعاء في طبقة واحدة :

إذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة، وكان السبب متحدّاً كالشركة في ذات المبيع، فلا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة بينهم على عدد رؤوسهم بالتساوي ولا عبرة باختلاف الحصص(١).

أمّا إذا كان الشفعاء غير متساوين في حصصهم وباع أحدهم نصيبه ثبتت الشفعة لكل واحد منهم، لكن كيف يوزع عليهم الشقص المشفوع فيه بينهم، هناك رأيان للفقهاء :

الأول : يرى **الحنفية**(٢) **والشافعية في قول**(٣) **والحنابلة في قول**(٤)**والزيدية**(٥) **والشيعة الإمامية**(٦) **والإباضية**(٧) **والظاهرية**(٨) : أنّ الشفعاء يستوون في سبب الاستحقاق، وهو الاتصال بالشركة أو الجوار، أي أنّهم متساوون في أصل الملك، ولو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم(٩).

---

(١)العيني، **البناية**، مصدر سابق، ج١٠ ص٣٤٧.
القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، **الذخيرة** تحقيق محمد حجي، ١٩٩٤، ج٧ ص٢٦٥، دار الغرب العربي بيروت.
الشربيني، **الإقناع**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٩.
ابن مفلح، **الفروع**، مصدر سابق، ج٤ ص٥٤٩.
إطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، ج١١ ص٤١٤.

(٢)العيني، **البناية**، مصدر سابق، ج١٠ ص٣٤٧. الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٧.

(٣)الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤١٦. الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٥

(٤)ابن مفلح، **الفروع**، مصدر سابق، ج٤ ص٥٤٩.

(٥)المرتضى، **البحر الزخار**، مصدر سابق، ج٥ ص٣٣.

(٦)الحلّي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، ج٥ ص٥٤٣.

(٧)إطفيش، **شرح النيل**، مصدر سابق، ج١١ ص٦١٤.

(٨)ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٨.

(٩)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٧ الحصكفي، **الدر المختار شرح تنوير الابصار**، مصدر سابق، ج٦ ص٤٤٢.
ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٩ ص٩٩.

ودليلهم : أنّ الشقص المشفوع فيه يوزع على الشفعاء بالسوية لأنّ اتصال الملك بسبب الشركة أو الجوار سببٌ كاملٌ لاستحقاق الأخذ بالشفعة، قلَّ الاتصال أو كثُر، فيجب النظر إليه لا إلى مقداره، فصاحب القليل لو انفرد استحق المشفوع فيه كلّه، وصاحب الكثير لو انفرد استحقه كلّه، وحيث كان الكل متساوياً فيه وجبت مساواتهم في الاستحقاق[1].

القول الثاني : قال **المالكية**[2] **وأحد قولي الشافعية**[3] **والصحيح من مذهب الحنابلة**[4]: أنّها مقادير الأنصبة لأنّ الشفعة من مرافق الملك، فيقسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء على قدر حصصهم أو أنصبائهم في الملك لا على الرؤوس، لأنّ الشفعة حق ناشئ بسبب الملك فكان على قدر الملك، كالغلّة والثمرة والأجرة المستفادة من الملك، والربح في شركة الأموال[5].

ودليلهم : أن الشفعة حق مستفاد بسبب الملك، فتكون على قدر أنصبائهم كالربح والثمرة، وهي حق كالدّيون فكما يوزع الدين على الدائنين إذا تساوى دينهم، والشفعة إنّما شرعت لدفع الضرر وضررها يتفاوت بتفاوت الأنصباء، فصاحب الكثير يخصه منها ما لا يخصه صاحب القليل، فوجب أن يوزّع بينهم ما يدفع هذا الضرر على حسب ما يلحق كل واحد منهم، فإنّ الغرم بالغنم[6].

حيدر، علي، **درر الحكام**، مصدر سابق، المادة (١٠١٣) ج٢ ص٦٨٣..

(١)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٤ ص٢٥٠-٢٥١.

(٢)الصاوي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٣ ص٤١٠.

(٣)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٦. الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٩.

(٤)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٦٧.

(٥)الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٢ ص٣٠٥.

المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٩٤. البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص١٦٤

(٦)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ص١٦٨-١٦٩.

ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٥ ص٢١١.

الرأي المختار : لعلّ الرأي المختار هو الرأي الثاني في أنّ المشفوع فيه يوزع بحسب الأنصبة، لأنّ ذلك أقرب للعدل وبه يرفع الغبن عن صاحب النصيب الأكبر فلا يتساوى مع صاحب النصيب القليل.

أما **القانون المدني الأردني** فقد أخذ برأي الحنفية ومن معهم في أن الشقص المشفوع فيه يوزع بينهم بالتساوي، حيث نصّت المادة (١١٢٣) الفقرة (١) منه : " إذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة كانت الشفعة بينهم بالتساوي "[١].

وجاء في المادة (١٠١٣) من مجلة الأحكام العدلية ما نصّه : " إذا تعدّد الشفعاء يعتبر عدد الرؤوس ولا يعتبر مقدار السهام. يعني لا اعتبار لمقدار الحصص ". وذلك لأنّهم استووا في سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم، حتى لو انفرد واحد أخذ الكل، والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم[٢].

٢- التزاحم بين الشفعاء في طبقات مختلفة :

إذا تعدّد الشفعاء وكانوا من طبقات مختلفة كاختلافهم في سبب استحقاق الأخذ بالشفعة، فهل تثبت الشفعة لهم جميعاً، ولكلّ واحد منهم الأخذ بها أم أنّ الشريك في ذات المبيع مقدّم في الأخذ بالشفعة على الشريك في حقوق المبيع، والشريك في حقوق المبيع مقدّم على الجار الملاصق ؟. اختلف الفقهاء على قولين :

الأول : قول **الحنفية**[٣]: أنّ الشفعة تثبت لهم جميعاً، فالشريك في نفس المبيع والشريك في حقوقه والجار الملاصق وهم في طبقات مختلفة، يقدّم الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوقه والشريك في حقوقه على الجار الملاصق، فإذا ترك الأقوى حقّه في الشفعة انتقل لمن يليه في الطبقة.

---

(١)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٢)باز، **شرح المجلة**، مصدر سابق، ج١ ص٥٦٦.

(٣)العيني، **البناية**، مصدر سابق، ج١٠ ص٣٣٧. الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١١٣. حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ج٢ ص٦٧٨.

الثاني : قول **الجمهور، المالكية**[1] **والشافعية**[2] **والحنابلة**[3]: أنّ الشفعة لا تثبت إلاّ للشريك في ذات المبيع، لأنّ المقتضى من ثبوت الشفعة رفع الضرر وسبب الضرر هو اتصال الملك، واتصال الشركة في ذات المبيع أقوى من اتصاله بالشركة من حقوقه، واتصاله بالشركة من حقوقه أقوى من اتصاله بالجوار لعدم الخلطة في الجوار[4].

أمّا في **القانون المدني الأردني** : فقد جاء في المادة (١١٥٢) الفقرة (١) منه : " إذا اجتمعت أسباب الشفعة قدّم الشريك في نفس العقار ثم الخليط في حق المبيع ثم الجار الملاصق " وفي الفقرة (٢) منه : " ومن ترك من هؤلاء الشفعاء أو اسقط حقّه فيها انتقلت إلى من يليه في الرتبة "[5].

وقد تمّ إلغاء المادة السابقة بفقرتيها، كما تمّ إلغاء الفقرة (٢) من المادة (١١٥٣) من القانون المدني والتي نصّها : " وإذا اجتمع الخلطاء قدّم الأخصّ على الأعمّ".

وبموجب القانون المعدّل للأحكام المتعلقة بالأموال المنقولة أصبح حقّ الشفعة لا يمارس إلاّ من قِبل الشريك في المال غير المنقول حسب ما ورد في المادة (٢) الفقرة (أ) من القانون المعدّل [6].

٣-المشفوع فيه :

وهو المبيع الذي يستحق الشفيع أخذه بالشفعة (المأخوذ)، وسمي المشفوع[7].

وعرّفته مجلة الأحكام العدلية بأنّه : العقار الذي تعلق به حق الشفعة[8].

---

(١)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٩٠.
القيرواني، **كفاية الطالب**، مصدر سابق، ج٣ ص٥.
(٢)الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٩.الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢ص٣٠٦
(٣)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٩٨.
(٤)القرافي، **الذخيرة**، مصدر سابق، ج٧ ص٣٠٨.
الشيرازي، **المهذب**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٤٨.
(٥)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
(٦)القانون المعدّل للأحكام المتعلقة بالأموال المنقولة رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٢.
(٧)السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج٩ ص٤٤٧.
(٨)باز، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، مصدر سابق، المادة (٩٥٢) ج١ ص٥٣٧.

واتّفق الفقهاء على أنّ الشفعة واجبة في العقار والأرض التي تقبل القسمة بلا فساد ما دام لم يقسم، وعلى ثبوتها في البناء والشجر إذا كانا تابعين للأرض المقامين عليها وبيعا تبعاً للأرض[1].

عن جابر ﷺ أنّه ﷺ (قضى بالشفعة في كل شركة ما لم تقسم ربعه أو حائط، فإنْ باعه ولم يؤذنه فهو أحقّ به)[2] فالحديث صرّح بثبوت الشفعة في الأرض والدار والحائط.

وأجمع العلماء[3] على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبع من أرض أو دار أو حائط، ولأنّ الشفعة إنّما شرعت لرفع الضّرر الذي من شأنه أنْ يدوم بدوام الشركة أو الجوار، والأرض والبناء والشجر من شأنها أن يدوم ملكها فيدوم الضرر فيها، فشرعت الشفعة لرفع هذا الضرر[4].

وفي القانون المدني الأردني نصّت المادة (١١٥٦) منه على أنّه : " يشترط في البيع الذي تثبت فيه الشفعة أنْ يكون عقاراً أو منقولاً في نطاق الأحكام التي يقضي بها القانون"[5].

من خلال النص القانوني يتبيّن لنا أنّه يجب لجواز الشفعة أن يكون المال الذي ورد فيه البيع عقاراً[6] كما في يتبيّن أنّه يجوز تطبيق أحكام الشفعة على بعض المقولات[7] وذلك ضمن الأحكام التي يقضي بها القانون.

---

(١)العيني، **البناية**، مصدر سابق، ج١٠ ص٥١٦.
الدردير، **الشرح الصغير**، مصدر سابق، ج٣ ص٦٣٤. ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٥ ص٢٠٤.
الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٠٩.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٢. ابن مفلح، **الفروع**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٢٩.
(٢)سبق تخريجه ص٦٨ ..
(٣)ابن المنذر، **الإجماع**، مصدر سابق، ص١٣٦
(٤)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٦٢.
(٥)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.
(٦)العقار : هو غير المنقول فلا يمكن نقله من مكان إلى آخر كالدور والأراضي.المادة (١٢٩) مجلة الأحكام العدلية.
(٧)المقول : هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات والبناء والشجر إن لم يكن تبعاً للأرض. المادة (١٢٨) مجلة الأحكام العدلية.

مسألة تجزئة المشفوع فيه:

اتفق الفقهاء[1] على أنّ الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فإذا تنازل الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف مثلاً، سقط حقه في كل المبيع، لأنّه لما سلَّم في النصف بطل حقه فيه بصريح الإسقاط، وبطل حقه في الباقي، لأنّه لا يملك حق تفريق الصفقة على المشتري، فسقطت شفعته في الكل، منعاً من إضرار المشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر[2]، لكن كما لو قال أبو يوسف، ورأيه هو الراجح عند الحنفية لا تسقط الشفعة في حال طلب نصف المشفوع فيه ويظل الحق للشفيع في أخذ الكل أو ترك الكل[3].

وفي **القانون المدني الأردني** المادة (١١٦٠) منه : "الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أنْ يأخذ بعض العقار جبراً على المشتري إلاّ إذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي"[4].

من خلال النصّ يتبين أنّ الشفعة لا تتجزأ، فلا يجوز استعمالها أو إسقاطها إلاّ بكاملها، لأنّها تكون بذلك قد ألحقت الضرر بالمشتري، بالإضافة لأخذ المبيع جبراً عنه، كما أنّ المشتري يتضرر من الشريك الجديد، لذلك لا يجوز للشفيع أن يجزّئ المبيع، فإمّا أنْ يأخذه كلّه أو يتركه، ولكن هناك استثناء في القانون على هذه الخاصية، وهي في

---

(١)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٤٦. العيني، **البناية**، مصدر سابق، ج١٠ ص٣٤٩.
مالك، **المدونة الكبرى**، مصدر سابق، ج٢ ص٤٠٧.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٦. الشربيني، **الإقناع**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٩.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص١٦٤. ابن مفلح، شمس الدين المقدسي،(المتوفى ٧٦٣هـ)، **الفروع**، ١٩٦٧، ج٤ ص٥٤٨، ط٣، عالم الكتب–بيروت.
حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، ج٢ ص٧٣٤.
الحلي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٥٨.
إطفيش، **شرح النبيل**، مصدر سابق، ج١١ ص٤١٢.
(٢)الضرر لا يزال بمثله ولا بما هو فوقه بالأولى، بل بما هو دونه، أي إذا كانت إزالته لا تتيسر إلاّ بإدخال ضرر مثله على الغير، فلا يزال بل يجبر بقدر الإمكان.(أنظر الزرقا، أحمد، **شرح القواعد الفقهية**، ١٩٩٣، ص١٩٥، ط٣، دار القلم-دمشق).
(٣)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١١١.
(٤)**القانون المدني الأردني**، رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

حالة إذا تعدّد الشركاء واتّحد البائع فيجوز للشفيع أنْ يأخذ المبيع كاملاً أو يأخذ حصة أحد الشركاء أو أكثر[1].

وإذا تعدد الشفعاء، فليس لبعضهم أن يهب حصته لبعض، وإنْ فعل أحدهم أسقط حق شفعته[2]. وإنْ أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم، فللشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار المشفوع، وإنْ أسقطه بعد حكم الحاكم، فليس للآخر أن يأخذ حقه[3].

١-المشفوع عليه :

هو من يؤخذ منه المبيع بالشفعة ويسمى المشفوع عليه[4].

اتّفق الفقهاء[5] على أنّه إذا انتقل ملك الحصة إلى المشفوع عليه بعوض مالي كالبيع ونحوه تثبت الشفعة فيما انتقل إليه.. لحديث جابر ﷺ أنه ﷺ (قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم رَبْع أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحقّ يه) [6].

وجه الدّلالة من الحديث أن قوله ﷺ (فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحقّ به) صرّح في استحقاق الشفعة على من انتقل إليه الملك بالبيع [7].

---

(١)عمران، محمد علي، **الحقوق العينية الأصلية**، ١٩٨٩، ص١٠١.
السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج٩ ص٤٨٣.
(٢)حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المادة (١٠٤٢)، مصدر سابق، ج٢ ص٧٣٣.
(٣)حيدر، علي، **درر الحكام**، المادة (١٠٤٣)، مصدر سابق، ج٢ ص٧٣٤.
(٤)البكري الدمياطي، أبو بكر بن محمد، المتوفى (١٣٠٢هـ)، **حاشية إعانة الطالبين**، ١٤١٨-١٩٩٧، ج٣ ص١٢٧، ط١.
(٥)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٢.
ابن رشد، **بداية المحتهد**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٨.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٣.
البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٣٥.
ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص١٣.
(٦)سبق تخريجه ص٦٨ .
(٧)الصنعاني، **سبل السلام**، مصدر سابق، ج٣ ص٩٧.

كما اتفق الفقهاء على عدم ثبوت الشفعة بانتقال الملك المشفوع عليه بغير عقد كالميراث، لأنّ الوارث لا اختيار له في انتقال الملك إليه فلا دخل له في إيذاء الشريك أو الجار[1].

واختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة بانتقال الملك إلى المشفوع عليه بعقد معاوضة غير مالية كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد، وذلك على قولين :

الأول : رأي **الحنفية**[2] **والمشهور من مذهب الحنابلة**[3] **والظاهرية**[4]: عدم ثبوت الشفعة في مثل هذه الحال.

ودليلهم : أنّ المشفوع فيه قد ملك بغير عوض له يؤخذ به، فأشبه الموروث والموهوب الذي لا شفعة فيه.

الثاني : رأي **المالكية**[5] و **الشافعية**[6] أنّ الشفعة تثبت فيما انتقل بعوض غير مالي.

دليلهم : أن المشفوع فيه يملك بعقد المعاوضة فثبتت فيه الشفعة كما في المملوك بالبيع.

الرأي الراجح : هو الرأي الثاني والقائل بثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض غير مالي، وذلك لقوة دليلهم كما أنّه من خلاله يتحقق المقصود من الشفعة في رفع الضرر.

واتفق الفقهاء[7] على ثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعقد لا عوض منه كالصدقة والوصية.

---

(١)الكاساني، **البدائع**، ج٦ ص١٢٢.
الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣١٠.
ابن مفلح، **المبدع في شرح المقنع**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٣.
(٢)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٢.
(٣)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٤.
(٤)ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص١٣.
(٥)الدردير، **الشرح الصغير**، مصدر سابق، ج٣ ص٦٣٥.
(٦)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٥.
(٧)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١١٩.
الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٥ ص٥٢.
الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤١٠.

فالشفعة إنّما شرعت على خلاف الأصل لما فيه من أخذ مال الغير بغير رضاه، فيجب الاقتصار فيها على محل ورودها، والنصّ لم يرد بالشفعة إذ لا عوض فيه [1].

وهناك رأي لبعض المالكية في ثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعقد لا عوض فيه[2].

واشترط **القانون المدني الأردني** لقيام حق الشفعة توافر بعض الشروط منا ما يتعلق بالتصرف الذي يجيز الشفعة في كون التّصرف الذي خرج به العقار عن ملك صاحبه بيعاً بعقد رسمي، كما نصّت المادة (١١٥٥) منه على ما يلي : " ١-تثبت الشفعة بعقد البيع الرسمي مع قيام السبب الموجب لها. ٢-تثبت الهبة بشرط العوض في حكم البيع "[3].

فلا تجوز الشفعة إلاّ في عقد البيع وفي الهبة بشرط العوض في حكم البيع مما يؤدي إلى عدم جواز الشفعة في التصرفات التبرعية سواء كانت مضافة إلى ما بعد الموت بالوصية أم كانت منجزة كالهبة بغير عوض أو مقابل صلح على دم عمد أو بدل مهر[4].

وفي مجلة الأحكام العدلية نصّت المادة (١٠٢١) منها على أنّ : " الشفعة لا تثبت إلاّ بعقد البيع " والمادة (١٠٢٢) : "الهبة بشرط العوض في حكم البيع " والمادة (١٠٢٣) : " لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا دليل كتملك أحد عقاراً بهبة بلا شرط العوض أو بميراث أو وصية " [5].

ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٤.

(١)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٥.

(٢)ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٩.

(٣)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٤)**المذكرات الإيضاحية**، مصدر سابق، ج٢ ص٧٦٤.

(٥)باز، **شرح المجلة**، مصدر سابق، ج١ ص٥٧٠-٥٧٢.

٤- المشفوع به :

المشفوع به هو ما أجاز للشفيع أن يطلب الشفعة[١].

وفي المجلة : المشفوع به هو ملك الشفيع الذي كان به الشفعة [٢].

عرفنا فيما سبق أنْ الشفعة تثبت بانتقال المشفوع منه من ملك صاحبه بعقد معاوضة، وأنّ المعاوضة تكون مالية وغير مالية، فإنْ كانت مالية كالبيع والصلح على الجنايات الموجبة للمال وكان العوض حالاً فقد انفق الفقهاء على ثبوت الشفعة في هذه الحال ويدفع الشفيع للمشتري قدر الثمن الذي استقرّ عليه العقد، فيأخذ الشفيع المشفوع فيه بمثل الثمن إن كان مثلياً أو قيمته إن كان منقوصاً، أمّا إن كانت المعاوضة غير مالية كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة فيما يأخذ الشفيع على قولين :

الأول : أنّ الشفيع يأخذ قيمة الشقص، وهو رأي **المالكية** و **رواية عن الشافعية** بدليل أنّ الرجوع إلي قيمتها في ضرر بالمشتري أو الشفيع لأنّها أعراض غير مضبوطة ولا معلومة القدر كالمهور التي تختلف باختلاف الأشخاص وما هم عليه في الحياة الاجتماعية[٣].

الثاني : أنّ الشفيع يأخذ بقيمة العوض وهو مهر المثل في النّكاح أو أجرة المثل في الإجازة، وهو رأي **الشافعية في رواية عنهم**، بدليل أن العصمة في الخلع أو البضع في النكاح لا مثل له، والأصل أنّ ما لا مثل له يرجع إلى قيمته كالعبد والثياب، والقيمة هي أجرة المثل أو مهر المثل فيجب الأخذ بها[٤].

ولعلّ الرأي الذي يقضي بأخذ قيمة الشقص هو الرأي المختار، لأنّ البضع إنما قوّم في النكاح للضرورة والضرورة تقدّر بقدرها.

---

(١)السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج٩ ص٤٤٧.

(٢)باز، **شرح الملجة**، مصدر سابق، م(٩٥٣) ج١ ص٥٣٧.

(٣)الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٥ ص٥١٦. الدردير، **الشرح الصغير**، مصدر سابق، ج٣ ص٦٣٦.

النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج١٥ ص٦٦٣. الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤١٤.

(٤)النووي، **المجموع شرح الهذب**، مصدر سابق، ج١٥ ص٦٦٣. الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤١٤.

المطلب الثامن

موانع ومسقطات الشفعة

المانع يلغي الشفعة ابتداءً، أمّا الإسقاط فيلغي الشفعة بعد أن تقوم، كما أنّ المانع من الشفعة يكون سبباً متصلاً بأصل الحق ومعاصراً لنشوئه، أمّا المسقط فهو عيب طارئ **يعيب الحق بعد نشوئه**[1].

١- موانع الشفعة في الفقه الإسلامي :

المانع : الذي يلزم من وجوده عدم وجود الحكم [2].

١) اتّفق الفقهاء على أنه إذا انتقل ملك الحصة إلى المشفوع عليه بعقد معاوضة مالية كالبيع، أن هذا البيع صحيحاً لازماً، فإنْ كان العقد فاسداً لم تثبت فيه الشفعة لأنّه غير ناقل للملكية[3].

٢) عدم ثبوت الشفعة حتى يلزم البيع بمضي زمن الخيار أو بإسقاط حق من يثبت له الخيار، إن كان الخيار للبائع أو له وللمشتري باتفاق الفقهاء[4].

أمّا إذا كان الخيار للمشتري فقط فقد ذهب المالكية والشافعية في رواية لهم والحنابلة إلى عدم ثبوت الشفعة كما سبق[5].

---

(١)السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج٩ ص٥٢٦.
(٢)الزركشي، **البحر المحيط**، مصدر سابق، ج١ ص٣١٠.
(٣)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١١٩.
ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٨.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٣.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٥.
(٤)ابن عابدين، **رد المحتار**، مصدر سابق، ج٩ ص٣٤٦.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٩٩.
ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٩.
ابن مفلح، **الفروع**، مصدر سابق، ج٥ ص٢١١.
(٥)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٧ ص٣٠٣.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٩٩.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٣٧.

٢-مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي :

الإسقاط : إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق تقرباً إلى الله بصورة مخصوصة[١].

١)الإبراء والتنازل عن الشفعة، فإذا تنازل الشفيع عن حقّه في طلب الشفعة سقط حقّه في طلبها، والتنازل يكون صريحاً أو ضمنياً [٢].

فالصّريح : أنْ يقول الشفيع أبطلت الشفعة أو أسقطت أو أبرأتك منها.

والضمنيّ : أن يوجد من الشفيع ما يدلّ على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري ثبوت الملك له.

٢) إذا طلب الشفيع جزءاً من العقار المشفوع دون جزء منه سقط حقّه في الشفعة عند الجمهور، إلاّ أن الشافعية في رواية لهم قالوا بعدم سقوطها لأنّ التبعيض قد تعذّر، والشفعة ليست مما يسقط بالشبهات [٣].

٣) إذا لم يستمر ملك الشفيع للعقار المشفوع به سقط سبب الشفعة وهو الملك، فتسقط معه الشفعة لزوال السبب الذي يستمدّ به الشفعة وهو الملك الذي يخاف بسببه الضرر [٤].

---

(١)الرواشدة، محمد أحمد، **العفو الخاص وأثره في إسقاط عقوبة القصاص**، ص١٠٣، مجلة كلية المعارف الجامعية، العدد٤، سنة ٢٠٠٢.

(٢)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٦ ص١٤٠.

(٣)الكاساني، المصدر السابق، ج٦ ص١٤٢.
مالك، **المدونة الكبرى**، مصدر سابق، ج١٢ ص٤٠٧.
ابن مفلح، **الفروع**، مصدر سابق، ج٤ ص٥٤٨.

(٤)ابن عابدين، **رد المحتار**، مصدر سابق، ج٩ ص٣٣١.
الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٦ ص٣٨٧.
ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٥ ص٢١٢.
الهيتمي، **تحفة المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤١٨.
الشربيني، **الإقناع**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٤.
المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٦٧.

٤) ضمان الدرك[١]:تسقط عند الحنفية الشفعة إذا ضمن الشفيع الدرك عن المشتري للبائع أي ضمن له الثمن عند المشتري، لأنّ هذا دليل الرضا بالبيع الحادث للمشتري[٢] .

أمّا عند الشافعية والحنابلة فلا تسقط الشفعة إذا ضمن الشفيع العهدة –المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع أو عيبه- للمشتري، أو شرط له الخيار، فاختار إمضاء العقد، لم تسقط شفعته لأنّ المسقط لها هو الرضا بتركها بعد وجوبها بالبيع، وهذا لم يوجد، فإنّه سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالإذن بالبيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع [٣].

٥) وفاة الشفيع :

اختلف الفقهاء في ما لو مات الشفيع بعد وجود سبب الشفعة وقبل الأخذ بها، هل ينتقل حق الأخذ بالشفعة إلى ورثته ولهم المطالبة بها أم أنّ هذا الحق لا يورث أو ليس لهم حقّ المطالبة بها، على **ثلاثة أقوال** :

الأول : تسقط الشفعة بوفاة الشفيع، سواء بعد الطلب أو قبله، قبل الأخذ بالقضاء له أو تسليم المشتري إليه، لأنّ حق الشفعة لا يورّث كخيار الشرط، إذ الحقوق لا تورّث عندهم، ولأنّه يزول الملك عن داره ويثبت للوارث بعد البيع، والمطلوب تحقق وقت البيع. ولا تبطل بموت المشتري لبقاء المستحق ولم يتغير سبب حقه وهو رأي **الحنفية**[٤].

(١)الدرك لغة: اللحاق، والدرك من إدراك الحاجة، ومنه ضمان الدرك في عهدة البيع. (أنظر ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج١ ص٥٠٦)

الدرك اصطلاحاً: ضمان الثمن الذي تقلده الشفيع إذا استحق المبيع. (أنظر ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج٩ ص٣٣٤)

(٢)السرخسي، **المبسوك**، مصدر سابق، ج١٧ ص٣٥٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج٦ ص٣٩٠.

(٣)النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٤ ص١٩٣.

المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٥ ص٣٥١. البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص١٨٢. ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٢١٣.

(٤)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق ج٦ ص١٤٦.

حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، المادة (١٠٣٨) ج٢ ص٧٢٦.

ودليلهم: أنه بموت الشفيع قد زال ملكه الذي كان به يستحق الشفعة بسبب ملكه لها فينتقل ملكه إلى الوارث، فكان الملك حادثاً بعد البيع وهو لا شفعة فيه، كما أنّ حقّ الشفعة مجرد رأي ومشيئة فتزول بموت الشفيع فيزول بموته كسائر أوصافه من علم وقدرة وغيرها[١].

الثاني : **الظاهرية والحنابلة** فصّلوا في الأمر : فقالوا إنْ مات قبلَ أنْ يَطلب الشفعة سقطت شفعته. ولا حقّ لورثته في الأخذ بالشفعة أصلاً لأن الله تعالى إنّما جعل الحق له لا لغيره والخيار لا يورث. وتورث الشفعة إن أشهد الشفيع على مطالبته ثم مات، وللورثة المطالبة بها ؛ لأن الإشهار على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه[٢].

الثالث : قال **المالكية والشافعية** يورث حق الشفعة، إذا مات الشفيع بعد الطلب قبل الأخذ، فالشفعة موروثة عندهم، لأنّه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فيورث كخيار العيب[٣].

ودليلهم : أنّ الشفعة حق ثابت لدفع الضرر فكان مورثاً كخيار الرد بالعيب، ولمّا كان الضرر لاحقاً بالوارث كما هو لاحقٌ بالموروث فيثبت له ما ثبت لمورثه ليدفع عن نفسه هذا الضرر[٤].

موانع الشفعة في القانون المدني الأردني :

نصّت المادة (١١٥٩) من القانون المدني الأردني[٥] على أنّه : لا شفعة في :

١-في الوقف ولا له.

٢-فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث.

---

(١)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٦ ص٣٨.

(٢)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٩٣.

ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٩ ص١١٧.

(٣)ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٦٠. الدردير، **الشرح الصغير**، مصدر سابق، ج٣ ص٦٥١

الشرازي، **المهذب**، مصدر سابق، ج١ ص٣٨٣. الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، ج٤ ص١٥٨.

(٤)الماوردي، **الحاوي الكبير**، مصدر سابق، ج٧ ص٢٥٧.

(٥)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

٣-في البناء والشجر المبيع قصداً بغير الأرض القائم عليها أو في البناء والشجر القائمين على أرض محكرة أو على الأراضي الأميرية.

٤-في الأرض الأميرية التي تحت يد المستحقّين لمنفعتها.

٥-فيما تجري قسمته من العقارات.

كما نصّت المادة (٢) الفقرة (٣) من القانون المعدّل(١) على أنّه : " لا يمارس حقّ الأولوية أو الشفعة إذا :

أ- إذا حصل البيع أو الفراغ بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

ب- إذا حصل البيع أو الفراغ بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثالثة.

ج- إذا كان العقار قد بيع أو أفرغ ليجعل منه محل عبادة أو يلحق بمحل عبادة.

د- إذا حصل التفويض من جانب الدولة.

هـ- إذا حصل البيع أو الفراغ من مؤسسة الإسكان إلى أحد المنتفعين من مشاريعها أو من جمعية الإسكان إلى أحد أعضائها أو من الجمعية الخيرية للقوات المسلّحة إلى أحد ضباط أو أفراد القوات المسلّحة.

مسقطات الشفعة في القانون المدني الأردني :

١-سقوط حقّ الشفيع لعدم مراعاة مبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة :

نصّت المادة (١١٦٠) من القانون المدني الأردني : " الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبراً على المشتري، إلاّ إذا تعدّد المشترون واتّحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي"

وقد سبق وأن تعرّضنا لهذه المادة.

٢-تنازل الشفيع عن حقّه في الأخذ بالشفعة :

نصّت المادة (١١٦١) الفقرة (٣) من القانون المدني الأردني على أنّه : " إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة"

(١)القانون المعدّل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (٣٨) سنة ٢٠٠٢.

والتنازل كما يكون صريحاً يكون ضمنياً كما مرّ معنا، والتنازل الصريح هو الذي يدل دلالة مباشرة على انصراف إرادة الشفيع إلى التنازل عمّا له من حريّة في طلب الشفعة، وأمّا التّنازل الضمني في طلب الأخذ بالشفعة فهو الذي يستدلّ عليه من ظروف الحال.

٣-انقضاء المدة القانونية لإقامة دعوى الشفعة :

نصّت المادة (١١٦٢) من القانون المدني الأردني أنّه : " ١-من يريد الأخذ بالشفعة أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بتسجيل البيع وإذا أخّرها بدون عذر شرعي يسقط حقّه في الشفعة. ٢-على أنه لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التسجيل" إقامة دعوى الأخذ بالشفعة يكون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالبيع أو يكون خلال ستة أشهر من تاريخ تسجيل البيع في دوائر التسجيل، فإذا انقضت المدة المذكورة دون أن يقيم الشفيع الدعوى فإنّ شفعته تسقط.

٤-يسقط حقّ الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة بسبب عدم مراعاة الإجراءات القانونية من خلال المحكمة المختصّة :

نصّت المادة (١١٦٣) من القانون المدني الأردني على أنّه : " ترفع دعوى الشفعة على المشتري لدى المحكمة المختصّة وتفصل في كل نزاع يتعلّق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع ولها أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب من دفعه وإلاّ بطلت الشفعة "

كما نصّت المادة (١١٦٤) من القانون المدني الأردني على أنّه : " يثبت الملك للشفيع بقضاء المحكمة أو تسليمه من المشتري بالتراضي وذلك مع مراعات قواعد التسجيل "

عدم مراعات قواعد التسجيل وتأخر الشفيع أكثر من شهر وهي المهلة التي حدّدتها المحكمة المختصّة يسقط حقه في طلب الشفعة.

المبحث الثالث

الفضالة

المطلب الأول

مفهوم الفُضالة

أولاً : الفضالة في اللغة :

فضل، زاد : والفضل الزيادة، وجمعه فضول، وقد استعمل المفرد فيما لا خير فيه، ولذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي، هو المشتغل بما لا يعنيه، والفَضْلُ و الفَضيلةُ ضد النقص والنقيصة و الإفْضَالُ الإحسان ورجل مِفْضَالٌ وامرأة مِفْضالَةٌ على قومها إذا كانت ذات فضل سمحة و أفْضَلَ عليه و المُتَفَضِّلُ الذي يدّعي الفضل على أقرانه ومنه قَوْلُهُ تعالى: ﴿ فَقَالَ ٱلْمَلَؤُاْ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِن قَوْمِهِۦ مَا هَٰذَآ إِلَّا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُرِيدُ أَن يَتَفَضَّلَ عَلَيْكُمْ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَنزَلَ مَلَٰٓئِكَةً مَّا سَمِعْنَا بِهَٰذَا فِيٓ ءَابَآئِنَا ٱلْأَوَّلِينَ ﴿٢٤﴾ ﴾(سورة المؤمنون:٢٤) و فَضَّلَهُ على غيره تَفضِيلا أي حكم له بذلك أو صيره كذلك و فَاضَلَهُ فَفَضَلَهُ من باب نصر أي غلبه بالفضل و الفَضْلةُ و الفُضَالةُ ما فضل من الشيء[1].

ثانياً : الفضالة في اصطلاح الفقهاء :

اختلفت تعريفات الفقهاء للفضالة تبعاً لاختلافهم في أحكامها وشروطها كما يلي :

عند الحنفية : الفضولي : هو الذي غلب في الاشتغال بما لا يعنيه، وما لا ولاية له فيه، وكذلك هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي[2].

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج١١ ص٥٢٤، باب فضل. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ج١ ص١٠٤٣. الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، باب (الفاء) فضل ص٥١٧. الفيومي، **المصباح المنير** في غريب الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٢ ص٥٧. ابن فارس، أبو الحسن، أحمد بن فارس بن زكريا، نشر (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج٤ ص٥٠٨ دار الفكر. الزبيدي، **تاج العروس** من جواهر القاموس، مصدر سابق، ج٣ ص١٧٨.

(٢)ابن الهمام، **فتح القدير**، مصدر سابق، ج٧ ص٥١. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٣ ص١٤٧.

وفي التعريفات : الفضولي من تصرّف في أمر لم يكنْ فيه وليّاً ولا أصيلاً ولا وكيلاً[1].

فالفضولي هو من يقوم بالتدخل في غير ملكه، أو مباشرة التصرف فيما لا يملك بدون ولاية، ودون إذن شرعي فيه، قصد تأدية عمل، يعود بالفائدة على مالك المال.

عند المالكية : الفضالة : الشراء لأحد بغير إذنه، أو البيع عليه كذلك، فهو بيع الفضولي فينعقد، ويتوقّف على إذن[2].مما يلاحظ على تعريف المالكية، أنهم ساووا بين البيع والشراء، ولم يفرقوا بينهما، على أنّه يتم الشراء أو البيع للغير، بدون وجود إذن، أو وكالة، من المالك لهذا المال. فالذي يبيع مال غيره، من دون إذن صاحبه، على أنْ رضي به صاحب المال أمضي البيع، وإن لم يرض فسخ، فإنّ هذا البائع يعتبر فضوليا، وكذا شراء شيء لشخص بغير إذنه، على أن رضي به صح الشراء، فإذا لم يرض لم يصح، وهذا البيع والشراء صحيح متى كان المتصرف أهلا للتصرف، وكان المحل قابلا للتصرف في ذاته، ولكنه لا يكون نافذا من حيث صدوره، بل موقوف على إجازة رب المال[3].

عند الشافعية :الفضولي هو : البائع مال غيره بغير إذنه، و لا ولاية[4]. وعلى تعريف الشافعية للفضولي من أنّه الذي يبيع ملك، أو مال الغير بغير وجود إذن سابق، من المالك الأصلي للملك، ومن غير وجود ولاية، مما نتج عن ذلك عدم اعتبار هذا العقد صحيحا وقالوا هو عقد باطل لعدم وجود مسوغ يصوغ التدخل في ملك الغير، وأنّ تصرف الفضولي، مقصورا عندهم على عقود المعاوضات فقط[5].

---

(١)الجرجاني، **التعريفات**، مصدر سابق، ص٢١٥

(٢)الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٣ ص١٢. ابن جزي، أبو القاسم، محمد بن أحمد (المتوفى٧٤١ه)، نشر ١٩٩٨م **القوانين الفقهية**، ص١٦٣، دار الكتب العلمية بيروت.

(٣)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص١٢.

(٤)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص١٥.

(٥)السنيكي، زكريا بن محمد بن محمد (ت ٩٢٦هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، تحقيق د.محمد محمد تامر، ١٤٢٢-٢٠٠٠، ج٢ ص١٠، ط١، دار الكتب العلمية بيروت

عند الحنابلة :الفضولي عندهم يطلق على : التصرف للغير بدون إذن[1].

فالذي يتصرف في ملك الغير قصد القيام له بعمل، يعود عليه بالمصلحة و الفائدة، دون وجود إذن من صاحب الملك فهو فضولي.

وعليه، فإنّ الحنابلة يذهبون مذهب الحنفية، في اعتبار عمل الفضولي تصرف مطلق وعام، حيث يشمل الأعمال المادية، و التصرفات القانونية.

نلاحظ من خلال التعريفات السابقة، أنّها تتفق على أصل واحد، وهو المبدأ العام الذي قررته الشريعة الإسلامية من أنّه لا يجوز و لا يحق لامرئ، أنْ يتدخل أو يتصرف في ملك الغير، دون إذن في هذا الملك، ودون وجود ولاية فيه.

ولكنّه استثناء من هذا المبدأ، فقبلت الشريعة الإسلامية تصرف الفضولي في بعض الحالات، سواء كانت أعمالا مادية، أو تصرفات قانونية.

ثالثا : الفضالة عند المعاصرين :

الفضولي كما عند السنهوري " من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة، فمن باع مال غيره دون أنْ يكون وكيلا بالبيع أو نائبا عن المالك فهو فضولي"[2]

وفي مجلة الأحكام العدلية الفضولي : "هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي"[3].يقول علي الخفيف : " الشرعيون يريدون بالفضولي، من يتصرف تصرفا لا شأن له به، وليست له ولاية إصداره، كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو ولاية عليه، أو يرهنه أو يؤجره أو يزوج غيره بدون إذن منه، أو يطلق زوجته كذلك، فهذا التصرف منه فضالة، وهو فيه فضولي..."[4]

---

(١)المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٨٦.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٧.

(٢)السنهوري،عبد الرزاق، ١٩٩٨ **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط٢ ج٤ ص١٨٣ منشورات الحلبي الحقوقية بيروت.

(٣)حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** المادة (١١٢) ص٩٥.

(٤)الخفيف، علي، نشر ١٩٩٦م، **أحكام المعاملات الشرعية** لعلي الخفيف ط١ ص٣١٥ دار الفكر العربي.

وقال أبو زهرة عن الفضولي : " هو من يتصرف تصرفا شرعيا ليس له ولاية عليه، كمن يبيع ما لا يملك، من غير ولاية أو وكالة، وكمن يشتري لغيره شيئا لم يوكله في شرائِه، وليست عليه ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره"[1]

وذكر المنّاوي أنّ الفضل جمعه فضول وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد والفضولي في عرف الفقهاء من ليس بمالك ولا وكيل ولا ولي[2].

رابعاً : تعريف الفضالة في القانون :

نصّت المادة (٣٠١) من القانون المدني الأردني على ما يلي : " من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذنت المحكمة به أو أوجبته ضرورة أو قضى به عُرف فإنه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الأحكام التالية "[3]

في النصّ السابق عّرف القانون بأن الفضالة هي القيام بشأن نافع للغير بدون أمره وبعبارة أعمّ بدون إذن شرعي بأن لم يكن وكيلاً ولا وليّاً ولا وصيّاً ولا قيّماً على صاحب الشأن[4].

فالفضالة : أنْ يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك [5].

من خلال هذه العبارة نتبيّن أن الفضالة هي : أنْ يقوم شخص بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون وكيلاً أو وصياً، وقد يكون هذا الشأن عملا مادياً، أو

---

(١)أبو زهرة، محمد، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، ص٣٥٥ دار الفكر العربي.

(٢)المناوي، محمد عبد الرؤوف، (١٤١٠ه) **التوقيف على مهمات التعاريف**، تحقيق د. محمد رضوان الداية، ط١ ج١ ص٥٦٠ دار الفكر المعاصر ، دار الفكر - بيروت ، دمشق.

(٣)**القانون المدني الأردني**، رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٤)**المذكرات الإيضاحية**، مصدر سابق، ج١ ص٣٥٣.

(٥)القانون المدني المصري المادة (١٨٨)، القانون المدني السوري المادة (١٨٩)، القانون المدني الجزائري المادة (١٥٠)، القانون المدني الفلسطيني والمشروع الأردني المادة (٢٠٧).

تصرفاً قانونياً، كسداد الدَّين، أو بيع محصول يسرع إليه الفساد، أو عملاً مادياً كأن يطفئ حريقاً شب في منزل جاره، أو ترميمه.

وهذا الشخص المتصرف غير ملزم بتصرفه هذا لا قانوناً ولا قضاءً بأن يقوم بتصرف قانوني أو مادي لحساب شخص آخر، فهو يقوم بهذا العمل تدخلاً منه إنسانياً يقصد به مساعدة الشخص الغائب أو البعيد أو غير القادر.

وكذلك لا يكفي أن يكون العمل نافعاً ومفيداً، وإنّما يتعين أن يكون العمل ضروريا ... ومعنى أن يكون ضروريا، أن يكون من الشؤون التي ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام بها.

وقد جعل القانونُ الفضالة من تطبيقات مبدأ الإثراء على حساب الغير بوصفه مصدراً عاماً من مصادر الإلتزام، شأنه في ذلك شأن العقد والفعل الضار.

التعريف المختار :التعريف الذي يختاره الباحث هو أنّ الفضالة تعني : التصرف في شؤون الغير دون إذن شرعي.فالذي يتصرف في حقوق الغير بإذن وتفويض مشروع لا يعدّ فضولياً، وما هو إلا نائباً غيره، وهي نيابة شرعية أو قضائية أو عقدية، فالنيابة الشرعية كأن يكون ولياً للصغير أو الجد في حال عدم وجود الأب، والنيابة القضائية كمن ينصبه القاضي وصياً على اليتيم، وأما النيابة العقدية كمن يكون وكيلاً عن الغير.

فمن لم ينطبق عليه وصف من هذه الأوصاف فهو فضولي، فإذا أجّر شخص ملك غيره، أو عقد زواج امرأة دون إذنها، وكذا لو باع أو رهن أو وهب المال المشترك جميعه أو حصة شريكه، دون تفويض من الشريك، فإنّ العقد يكون موقوفاً بالنسبة إلى حصة الشريك.وإنّ العاقد في كل ذلك وأمثاله يسمى في اصطلاح فقهائنا فضولياً، حتى أنّ الأب إذا عقد زواج ابنته الكبيرة الراشدة دون إذنها، ولو كانت بكراً يعتبر أيضاً فضولياً، ويتوقف نفاذ عقده على إجازتها[1].

---

(١)الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مصدر سابق ج١ ص٦٥.

المطلب الثاني

أحكام الفضالة في الفقه الإسلامي

لقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط ومبادئ عامة للتعامل بين الناس، إذ لا يحق لشخص أنْ يتجاوز هذه الضوابط والمبادئ العامة، و مراعاةً لمصالح العباد ومقاصد الشرع اقتصرت على ذكر بعض الحالات الفردية كاستثناءات لهذه المبادئ، كنظام الفضالة، وكان لاتساع معناها في الفقه الإسلامي عن معناها في القانون الوضعي أثرٌ بالغ الأهميّة، من خلال نظرة فقهاء الشريعة، وانقسام آرائهم بين مؤيّد لها و معارض لوجودها، إذ يعتبرون الفضولي متبرعاً لا يرجع بما انفق.

والفضولي متبرّع، إذا هو لم يكن مضطرا إلى العمل الذي قام به، فلا يرجع بشيء على ربّ العمل، فلو كان للمدِين الغائب مال في يد أجنبي، فانفق الأجنبي على أبوي الغائب بغير إذن القاضي ضمن، وإذا ضمن لا يرجع على القاضي . "و المديون إذا أنفق على ولد ربّ الدين، أو امرأته بغير أمره، لا يبرأ من الدَّين ولا يرجع بما انفق على من انفق عليه، ولو قضى دين غيره بغير أمره جاز "(1)

أولاً : تصرفات الفضولي :

١- تصرفات الفضولي في البيع والشراء :

اختلف الفقهاء في تصرفات الفضولي في البيع والشراء على رأيين :

الأول : رأي **الحنفية والمالكية**، في أنّ تصرفات الفضولي تقع منعقدة صحيحة، إنّما تكون موقوفة على إجازة صاحب الشّأن الذي صدر التّصرف لأجله، فإنْ أجازه نفذ وإن ردّه بطل(2).

---

(١)السنهوري، **مصادر الحق**، ج٥ ص٥٩.

(٢)ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٠٧. ابن عابدين، **رد المحتار** على "الدر المختار : شرح تنوير الابصار"،مصدر سابق، ج٤ ص١٤٢. الكاساني، **بدائع الصنائع** في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج٥ ص١٤٨.

ابن رشد، **بداية المجتهد** و نهاية المقتصد، مصدر سابق، ج٢ ص١٧٢. الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص١٢.

والفضولي كامل الأهلية، فإعمال عقده أولى من إهماله، وربّما كان في عقده مصلحة للمالك وليس فيه ضرر لأحد. وجاء عنه ﷺ أنه أعطى عروة البارقي ديناراً ليشتري له به شاة، فاشترى شاتين بالدينار، وباع إحداهما بدينار، وجاء للنبي ﷺ بدينار وشاة، فقال له (بارك الله لك في صفقة يمينك)[1] فشراء الشاة الثانية وبيعها لم يكن بإذنه ﷺ، وهو تصرف فضولي جائز بإقرار النبي ﷺ له.

فالملكية أو الولاية هي شرط نفاذ التصرف، فإذا لم يكن العاقد مالكاً وليس له ولاية كان العقد موقوفاً.

وعند المالكية البيع والشراء والنّكاح يقف على الإجازة فانْ أجازه من عقد له صحّ وإلّا بطل[2].

وقد فرّق الحنفية بين بيع الفضولي وشرائِه، فبيعه ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك، سواء أضاف العقد لنفسه أم إلى المالك، أمّا شراؤه : فإن أضاف العقد لنفسه نفذ العقد عليه، لأنّ الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره، وقد قال اللهُ تعالى: ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَـٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾ ﴾ (سورة النجم: الآية ٣٩) . وإنْ أضاف الشراء لغيره أو أنّه لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية كأن يكون صبياً أو محجوراً، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة هذا الغير الذي تم الشراء له، إن أجازه نفذ واعتبر الفضولي وكيلاً ترجع إليه حقوق العقد من حين نشوء العقد [3].

القول الثاني : رأي **الشافعية والحنابلة والظاهرية،** أنّ تصرف الفضولي باطل لا يصح ولو أجازه صاحب الشأن، لأنّ الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته فالإجازة لا تجعله موجوداً[4]..

---

(١)الترمذي، **السنن**، مصدر سابق، رقم(١٢٥٨) ج٣ ص٥٥٠.

(٢)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص١٢.

(٣)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٥ ص١٥٨. ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٨٠.

(٤)النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج١٠ ص٣٩٧. السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص٢٨٥.
البهوتي، **كشاف القناع** عن متن الإقناع، مصدر سابق، ٢ج ص١١.
ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٤.

وقالوا تصرف الفضولي تصرّف فيما لا يملك، وهذا التصرّف منهي عنه شرعاً، والنهي يقتضي عدم مشروعيته لقوله ﷺ لحكيم بن حزام ﷺ (لا تبع ما ليس عندك)[1]أي لا تبع ما ليس مملوكاً لك، وسبب هذا النهي اشتمال العقد على الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد وما يؤدي إلى النزاع.

أما حديث عروة البارقي السابق فقالوا هو وكيل مطلق عن النبي ﷺ وتصرفاته التي قام بها نافذة لأنّها تمت بمقتضى وكالة خالف فيها الوكيل إلى ما هو خير.

كما اختلف الفقهاء في حكم إجازة تصرّف الفضولي على قولين :

الأول : أنّ إجازة تصرّفات الفضولي تنعقد موقوفة على إجازة المالك أو وليّ، فإنْ أجازها نفذت وإن ردّها بطلت، وهو قول **الحنفية والمالكية وأحمد في رواية عنه، فلا بُدّ** لصاحب الشّأن أنْ يكون قادراً على إبرام العقد بنفسه وإلّا وقع العقد باطلاً، لأنّ صاحب الشّأن يستطيع أنْ يصدر التصرفات هذه بنفسه وكذلك يستطيع إجازتها، أمّا لو تصرف الفضولي في شأن من تصرّفات الصغير فلا ينعقد هذا التصرف لأن الصغير ليس أهلاً لهذه التصرفات الضّارة فلا يكون أهلاً لإجازتها، فإنْ كان التّصرف قابلاً لإجازة الولي كالبيع بمثل القيمة أو أكثر انعقد التصرف موقوفاً على إجازة الولي أو إجازة الصغير بعد البلوغ[2]. وقد فرّق الحنفية بين كون الفضولي في عقد الإجارة مؤجراً وبين كونه مستأجراً، فجعلوا إجارته كبيعه واستئجاره كشرائه[3].

الثاني : أن إجازة تصرّف الفضولي باطلة، لأنّها عقد صدر من غير مالك أو ذي ولاية في إبرامه فيكون باطلاً، وهو قول **الشافعية في الجديد وأحمد في رواية عنه**[4].

---

(١)الترمذي، **سنن الترمذي**، مصدر سابق رقم (١٢٣٢) في البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك ج٣ ص٥٣٤.وقال الترمذي حسن صحيح .

(٢)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٣ ص٢٨٢. باز، **شرح المجلة**، مصدر سابق، ج١ ص٢٥٣.

(٣)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٤٥. الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٤ ص١٤١-١٤٥

الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٦٩. الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص١٢

البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٧.

(٤)الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩١.

٢- إنكاح الفضولي :

اختلف الفقهاء في حكم إنكاح الفضولي من غير ولاية شرعية أو نيابة على أربعة أقوال:

الأول : أنّ إنكاح الفضولي باطل لا يؤثر فيه إجازة الولي، وهو قول **الشافعية في الجديد ورواية للحنابلة**(١).

الثاني : أنّ إنكاح الفضولي صحيح لكنّه يتوقف على إجازة الولي، فإنْ أجازه نفذ وإن ردّه بطل، وهو قول **أبي يوسف و للحنابلة في رواية** (٢).

الثالث : أنّه إذا كان المتولي لطرفي النكاح شخصاً واحداً فضولياً كان العقد باطلاً، سواء تكلم بكلام واحدٍ أو بكلامين، ومثل ذلك في الحكم إذا كان فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين، ولو كانَ أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً عن الطرف الآخر، ما دام قد تولّى العقد عن الطرفين، وهو قول **أبي حنيفة ومحمد بن الحسن**(٣).

الرابع : **فرّق فقهاء المالكية** بين كون الوليّ مجبراً أو غير مجبر، فإنْ كان الولي مجبراً لم يجز النكاح الواقع من الفضولي، أمّا إذا لم يكن مجبراً، فإمّا أن تكون المزوّجة ذات قدر أو دنيئة، فإنْ كانت ذات قدر فقد قال مالك : ما فسخه بالبيّن ولكنّه أحبّ إليّ. وقال ابن القاسم : له إجازة ذلك وردّه ما لم يبنِ بها الزوج. وقال بعض المالكية : إذا دخل بها الزوج وطال مكثه معها بمضيّ ثلاث سنين أو ولادة ولدين فأكثر لم يفسخ النكاح، وإلاّ كان الوليّ مخيّراً بين الفسخ والإمضاء (٤).

٤-وصية الفضولي : اختلف الفقهاء في وصية الفضولي من مال غيره على قولين :

المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٨٣. السيوطي، الدمشقي الحنبلي،مصطفى بن سعد بن عبده (المتوفى١٢٤٣ه)، نشر ١٤١٥ه-١٩٩٤م، **مطالب أولي النهى** في شرح غاية الممنتهى ل مرعي بن يوسف بن أبي بكر الكرمي المقدسي ط٢ ج٣ ص١٨، المكتب الإسلامي

(١)البهوتي، **كشاف القناع**، ج٣ ص١٥٧.

(٢)ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، مصدر سابق، ج٤ ص٦.

المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٨٣.

(٣)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٩ ص٣٠٦. الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٥٤.

(٤)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٢.

الأول : أن وصية الفضولي صحيحة لكنّها موقوفة على إجازة المالك، ولأنّ الوصية تصحّ بالمعدوم فأولى أنْ تصحّ من الفضولي، وهو قول **الحنفية والشافعية في القديم وقول للحنابلة** (١).

الثاني : أنّ وصية الفضولي لا تصحّ مطلقاً، لأنّه تبرّع ممن لا يملك ولا ولاية ولا نيابة، فيكون باطلاً، وهو قول **المالكية والشافعية في الجديد والأصحّ عن الحنابلة** (٢).

٥-هبة الفضولي :

اختلف الفقهاء أيضاً في حكم هبة الفضولي لمال غيره على قولين :

الأول : أنّ هبة الفضولي باطلة، إذْ يستحيل أنْ يُملِّكَ ما لا يملك، وهو قول **المالكية والشافعية في الجديد والحنابلة**(٣).

الثاني : أنّ هبة الفضولي تنعقد صحيحة غير أنّها موقوفة على إجازة المالك، فإنْ ردّها بطلت وإنْ أجازها كان لإجازته حكم الوكالة، وهو قول **الحنفية** (٤).

٦-وقف الفضولي :

اختلف الفقهاء أيضاً في حكم وقفِ الفضوليّ لمال غيره على قولين :

الأول : أنّ وقف الفضولي باطل سواء أجازه المالك أم لم يجزه، وهو قول **المالكية والشافعية في الجديد والحنابلة**(١).

---

(١)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٦ ص١٦٤. ابن عابدين، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص١٥٤
النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٦ ص١١٦.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص١٣١. البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٦٧
(٢)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٧٥.
النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٦ ص١١٩. النووري، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج١٧ ص٤٠١.
البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، مصدر سابق، ج٢ ص٤٩.
(٣)الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٩١.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٥١.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٦٠٤.
(٤)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج٨ ص١١١. ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٧٩

الثاني : أنّ وقف الفضولي صحيح غير أنّه موقوف على إجازة المالك، فإنْ أجازه نفذ وإنْ ردّه بطل، وهو قول **الحنفية**[٢].

٧-صلح الفضولي :

اتّفق الفقهاء على جريان صلح الفضولي كجريانه مِمّن عليه الحقّ[٣].

---

(١)الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٧١.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص١٥.
البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٠٤.

(٢)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٣.

(٣)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٩ ص٢٥٩. ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٧ ص٢٥٩
الكليبولي، **مجمع الأنهر**، مصدر سابق، ج٢ ص٣١٤. باز، **شرح المجلة**، مصدر سابق، ج٢ ص٨٣٣.
الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٥ ص٨١. مالك، **المدونة الكبرى**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٨٠
اليهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٦٤. البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق ج٣ ص٣٨٦.

المطلب الثالث

أولاً : أحكام الفضالة في القانون المدني الأردني :

جاء في المادة (٣٠١) من القانون المدني الأردني[١]: " من قام بعمل نافع للغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فإنّه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الأحكام التالية ".

ويشترط لانطباق الأحكام المنصوص عليها فيما بعد، ومنها رجوع الفضولي على ربّ العمل بما أنفق، الحصول قبل القيام بالعمل على إذن القاضي أو أنْ توجب القيام به ضرورة أو أنْ يقضي به العرف[٢].

والفضالة في العرف القانوني لها ثلاثة أركان :

١- الركن المادي: أنْ يقوم الفضولي بشان عاجل لشخص آخر، وهذا الشأن يمكن أنْ يكون تصرفا قانونياً أو أن يكون عملاً مادياً [٣]:

والتصرف القانوني مثل أنْ يقـوم الفضولي ببيع مـواد سريعة التلف لرب العمل، أو أنْ يقبـل هبة صادرة إلى رب العمل، أو أنْ يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يمنع المشترط من الرجـوع فيه...الخ

فالتصرف القانوني يمكن أنْ يتصور عندما يكون الفضولي وكيلاً في الأصل عن الموكل ولكنّه يجاوز حدود الوكالة عالماً بذلك أو غير عالم، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولي. أو أنْ يستمر في العمل باسم الأصيل بعد انتهاء الوكالة سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم فهو فضولي فيما قام به بعد انتهاء وكالته. وقد يعمل الفضولي دون وكالته أصلاً وكمثال على ذلك أن يؤجر عيناً شائعة بينه وبين شخص آخر. [٤]

---

(١)القانون المدني الأردني (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٢)المذكرات الإيضاحية، ج١ ص٣٥٣.

(٣)السنهوري، **الوسيط** في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج١ ص١٠٣٥.

(٤)السنهوري، **الوسيط** في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج١ ص١٠٣٦.

والعمل المادي مثل قيام الفضولي بإطفاء حريق في منزل ربّ العمل وهو عمل مادي بالنسبة للغير، أو يقوم ببناء منشآت على ملك الغير بحسن نية، أو يقوم بنفسه بترميم جدار جاره الذي أشرف على الانهيـار وهذا عمل مادي في حد ذاته.

٢- الركن المعنوي : أنْ يقصد في قيامه بالعمل بهذا الشأن العاجل مصلحة الغير. فلا تقوم الفضالة إذنْ إلاّ إذا انصرفت نيّة الفضولي وهو يقوم بشأنٍ لغيره إلى أنْ يتولى هذا الشأن لمصلحة هذا الغير(١).

أمّا إذا انصرفت نيّته إلى غير ذلك كأنْ انصرفت إلى العمل لنفسه، أو عاد عمله بمنفعة على شخص آخر، فلا تقوم الفضالة فالمستأجر الذي يقوم بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة، لكي ينتفع بها بشكل ملائم، لا يعدّ فضولياً ما دام يعمل لمصلحة نفسه، وكذلك من يقوم بترميم منزل اعتقاداً منه أنّه مملوك له. فالنيّة إذاً هي التي تميّز بين الفضالة والإثراء بلا سبب.

٣-الركن القانوني : أن الفضولي يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهي عنه، فهذا الركن هو الذي يحدد الموقف القانوني لكل من الفضولي والغير، فأما موقف الفضولي من هذا الشأن العاجل فيتلخص في أنه لم يكن ملتزما به قبل أن يتولاه بينما موقف الغير فيتلخص في انه لم يأمر الفضولي أن يقوم به ولم ينهه عن ذلك(٢).

وقد ذكرت المادة (٣٠٢) من القانون المدني الأردني(٣): "تسري قواعد الوكالة إذا أقرّ رب العمل ما قام به الفضولي"(٤)

فالفضولي الذي يتدخل في شؤون الغير، لا يجب أنْ يكون ملتزماً قبل رب العمل سواءً بالتزام عقدي أو اتفاقي، أو بمقتضى حكم قضائي أو نصّ قانوني. فالمقاول الذي يقوم بإنشاءات لحساب رب العمل لا يكون فضولياً، لأنّه ملتزم بموجب عقد.

وأنْ لا يكون رب العمل قد نهى الغير عن التدخل في شؤونه، سواءً كان نهياً صريحاً أو ضمنياً، وإذا قام المتدخل بالعمل رغم نهيه، فإنّه لا يعدّ فضولياً ولا يطالب ربّ العمل بشيء استناداً إلى الفضالة، بل يكون مسؤولاً عن عمله تجاه الغير إذا لحقه ضرر.

---

(١)السنهوري، المصدر السابق، ج١ ص١٠٣٦

(٢)السنهوري، المصدر السابق، ج١ ص١٠٣٦.

(٣)القانون المدني الأردني (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٤)وهي تقابل المادة (١٩٠) من القانون المصري والمادة (١٩١) من القانون السوري والمشروع الأردني.

ثانياً : التزامات الفضولي والتزامات رب العمل :

جاء في المادة (٣٠٣) من القانون المدني الأردني[١]: "يجب على الفضولي أنْ يمضي في العمل الذي بدأه إلى أنْ يتمكّن ربّ العمل منْ مباشرته بنفسه كما يجب عليه أنْ يخطر بتدخّله ربّ العمل متى استطاع ذلك"[٢]

١) التزامات الفضولي :

يجب على الفضولي أن يلتزم بما يلي[٣]:

١-أنْ يمضي في العمل الذي بدأه إلى أنْ يتمكّن الغير منْ مباشرته بنفسه.

٢-أنْ يخطر الغير الذي هو ربّ العمل بتدخّله متى استطاع ذلك.

٣-أنْ يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص المعتاد.

٤-أنْ يقدّم حساباً لرب العمل عما قام به وأنْ يردّ إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة.

وهذا ما حرّرته المادة (٣٠٦) من القانون المدني الأردني [٤]: " يلتزم الفضولي بما التزم به الوكيل من ردّ ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عمّا قام به "

والفضولي ملزم بعدم الإضرار بربّ العمل ما بقي قائماً بالعمل وإلاّ يكون مسئولاً عن أيّ ضرر يلحق بربّ العمل، ومع ذلك ينبغي التسامح في تقدير هذه المسئولية إذ أن الفضولي قام بهذا بإذن القاضي أو إيجاب الضرورة أو العرف لدفع ضرر يتهدد هذا الغير حسب رأيه[٥].

وهذا ما قررته المادة (٣٠٤) من القانون المدني الأردني : " الفضولي مسئول عما يلحق رب العمل من أضرار وللمحكمة تحديد الضمان إذا كانت الظروف تبرر ذلك"

(١)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٢)تقابل نفس ألفاظ وعبارة المادة (١٩١) من القانون المصري و نفس عبارة المادة (١٩٢) من القانون السوري.

(٣)ابن عابدين، **حاشية رد المختار** على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مصدر سابق،.ج٥ ص١١٤..

(٤)القانون المدني الأردني (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٥)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج١ ص٣٥٦.

٢) التزامات الغير (صاحب العمل) : وهي تتمثل فيما يلي:

المادة (٣٠١) من القانون المدني الأردني : " من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فانه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الأحكام التالية "(١)

١- أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه.

٢- أنْ يعوّض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً. فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفضولي باسم ربّ العمل بأنْ أضاف العقد إليه، التزم بها مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ من الفضالة، فيصبح رأساً دائناً ومديناً لمن تعاقد معه الفضولي. أمّا إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصياً بأنْ أضاف العقد إلى نفسه لا إلى ربّ العمل فلا يصبح دائناً ولا مديناً إنّما ترجع حقوق العقد والتزاماته إلى الفضولي، ولكن ربّ العمل يلزم بتعويضه عن جميع ما عقد من التعهدات وفقاً لقواعد الكسب بلا سبب.

٣- أنْ يردّ إلى الفضولي النفقات الضرورية والنافعة التي سوّغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وبانْ يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به الفضولي يدخل في أعمال مهنته. والأصل أنّ الفضولي لا يستحق أجراً على عمله، إذ يفترض أنْ يتبرّع بخدمة يؤديها لربِّ العمل إلاّ أنّ هذه القرينة تسقط متى قام الفضولي به من قبيل ما يقوم به عادة لقاء أجر.

٤- أنْ يعوّض الفضولي عن الضّرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل. ويتحقّق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسباً مع ما لم يستطع الفضولي اتقاؤه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية.

لقد بتّ مشروع القانون الأردني في صفة الفضولي وأسبغ عليه توافر الشروط المتقدّمة صفة النائب ويترتب على ذلك تطبيق قواعد النيابة إنْ لم يكن هناك نصّ مخالف.

---

(١)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج١ ص٣٥٧-٣٥٨.

والنص الوارد في المشروع يتّفق مع الحكم في الفقه الحنفي، ذلك أنّ الضرورة قد تستوجب الولاية دفعاً للضرر، ويقرّرها الشارع بناءً على ذلك كما أنّ العمل بإذن القاضي أو إيجاب الضرورة أو العرف لدفع ضرر يهدّد هذا الغير[1].

(١)حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٠.

المطلب الرابع

أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشريعة

والقانون في مسألة الفضولي

عرفنا فيما سبق أن الفضولي في الفقه الإسلامي، و في القوانين الوضعية، وحتى علماء اللغة، هو من يتدخل في شؤون الغير، والعمل لمصلحة الغير، وهذا متفق عليه بين علماء الفقه الإسلامي، وعلماء القانون، وحتى علماء اللغة.

وعرفنا أنّ الفضولي في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية يقوم بعمل لشخص آخر، فينتج التّصرف الذي أبرمه الفضولي باسم المالك آثاراً في الفقه الإسلامي، و إلى صاحب الشّأن بالنسبة للقانون، و الفضولي في كلتا الحالتين يعتبر نائباً عنهما، فالفضالة مصدر للنيابة الشرعية في الفقه وهو نيابة قانونية في القانون الوضعي(١).

والفضولي أيضاً الذي يقوم بالعمل بمحض إرادته في الفقه والقانون، دون أنْ يكون ملزماً ولا موكلاً ولا منهياً عنه.وشرّاح القانون المدني يتفقون مع فقهاء الشريعة في أنّه يجوز تدخل الفضولي إذا كان الشأن أو العمل عاجلاً، أو وجود ضرورة قصوى قاهرة تملي ذلك، مثل قطف ثمار شخص غائب خوفاً من هلاكها، أو ترميم منزل يكادُ يهوي، مع مراعاة المصلحة. فالسّبب الذي تستند إليه الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، هو نفس السبب، باعتباره يتعلّق بالتدخل في شؤون الغير، ويترّتب على هذا العمل فائدة لمن كان العمل لصالحه.

مسألة : التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب : تلتقي الفضالة مع الإثراء بلا سبب كونها تعتبر تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب حيث أن الفضولي يهدف لتحقيق منفعة رب العمل دون أنْ يوجد سبب لإثراء هذا الأخير(٢).ويختلفان بأنّه لا يُشترط في الإثراء أنْ يقصد المفتقر إثراء الغير في حين أنّنا نشترط في الفضالة أنْ يعمل الفضولي لتحقيق مصلحة رب العمل (٣).

---

(١)السنهوري، **الوسيط** في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج١ ص١٠٤٠.

(٢)**المذكرات الإيضاحية**، مصدر سابق، ج١ ص٣٥٣.

(٣)السنهوري، **الوسيط** في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج١ ص٩٦٧.

إنّ المفتقر في الإثراء بلا سبب لا يستطيع الحصول على تعويض يفوق الإثراء الـذي حصل عليه وإنّما فقط في حدود أقلّ قيمتي الإثراء والافتقـار، أمّـا الفضـولي فيحصـل على تعويض يتناسب مع المصاريف الضرورية أو النّافعة التي أنفقها ومع الضرر الـذي وقع عليه بسبب تدخّله لصالح غيره ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة من هذا التدخل [(١)].

مسألة : التمييز بين الفضالة والوكالة :

تلتقي الفضالة مع الوكالة من حيث أن كـلاً منهمـا يعـد مصـدراً للنيابـة ، فقـد تنقلب الفضالة إلى وكالة إذا أقرّ ربُّ العمل عمل الفضولي ، وكذلك قد تنتهي الوكالة إلى فضالة إذا تجاوز الوكيل حدود نيابته أو استمر في عمله بعد انتهاء الوكالة.

وتختلف الفضـالة عـن الوكالـة في أنّ مـا يترتـب عليهـا مـن التزامـات بالنسـبة إلى الفضولي مصدره القانون ، في حين أنّ مصدر التزام الوكيل هو العقد. ففي الفضـالة لم يختر ربّ العمل الفضولي ولم يكلّفـه القيـام بشـؤونه في حـين أنّ الموكـل يختـار وكيلـه ويفوضه بالقيام بما فوضه فيه.وقد تكون الفضالة في تصرّف قـانوني أو عمـل مـادي في حين تقتصر الوكالة على التصـرفات القانونيـة.والفضـولي في الفقـه الإسـلامي غـير الفضولي في القوانين الوضعية، ففي القانون الفضولي هو من قام بحاجة ضرورية لربّ العمل تفضلا منه، فيرجع عليه بما انفق في ذلك، أمّا الفضولي في الفقه الإسلامي، هو من يتدخل في شؤون الغير، دون توكيل، أو نيابة، وليس من الّـلازم أُن يقـوم بحاجـة ضرورية عاجلة... [(٢)] تناول فقهاء الشريعة الإسلامية تصـرّفات الفضـولي، وتكلّمـوا عنها في شروط وأركان عقد البيـع، و تنـاول المشـرع القـانوني الفضـالة في مباحـث العقود[(٣)]. الفضولي هو من يتدخل في شأن لفائدة و مصـلحة الغـير، ولا يشـترط أنْ يكون هذا الشّأن على وجه السرعة في الفقه الإسلامي، بينما في القانون المدني هو من يتدخل في شأن عاجل لغيره، وينبغي أن يكون ضرورياً[(٤)].والفضالة في الفقه الإسلامي

(١)**المذكرات الإيضاحية**، مصدر سابق، ج١ ص٣٥٨.

(٢)السنهوري، **مصارد الحق**، مصدر سابق، ج١ ص١٨٣.

(٣)المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج١٠ ص٤٠٤-١٠٩.

(٤)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج١ ص١٦.

لا تعتبر مصدرا عاما للالتزام وهذا جليّ من خلال اختلاف الفقهاء حول تحديد معناها، وانقسام الرأي عندهم بين مقرّ، ومنكر لوجودها على خلاف القانون الذي يعتبرها مصدرا عاما للالتزام، حيث أفرد لها مباحث خاصة فيما يتعلق بالعقود[1].

السنهوري، **مصادر الحق**، مصدر سابق، ج٤ ص١٨٣.
(١)النووي، **المجموع**، مصدر سابق، ج٩ ص٢٦١.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٢ ص١١.
السنهوري، **الوسيط** في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج١ ص١٠٣٦

المبحث الرابع

الوقف

المطلب الأول

مفهوم الوقف

أولاً : الوقف في اللغة :

وَقَفَتْ الدابّة تَقفُ وقوفاً، إذا سَكَنَتْ بعد المسير، قال تعالى: ﴿ وَقِفُوهُمْ ۖ إِنَّهُم مَّسْـُٔولُونَ ﴿٢٤﴾ ﴾ (سورةالصّافات: الآية ٢٤) وهو الحبس عن التّصرف أي احبسوهم وامنعوهم من السير حتى يسألوا عن جرائمهم. وقف الدار للمساكين، وأوقف الدار بالألف لغة رديئة وهي لغة تميم وعليها العامة، ويقال أحبس لا حبّس خلاف كلمة وقف، فأحبس فصيحة، ومنه الموقف لحبس الناس للحساب، ثم اشتهر إطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف، ويعبّر عن الوقف بالحبس، ومن هذا وزارة الأوقاف بمعنى وزارة الموقوفات. واشتهر في المغرب وزارة الأحباس[(١)].

ثانياً : الوقف في الاصطلاح :

اختلف الفقهاء في تعريف الوقف على أقوال :

١-عند أبي حنيفة والظاهرية والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية :

هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على من أحبَّ [(٢)].

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصر سابق، ج٢ ص٧٥٢.
الفيوزآبادي، **القاموس المحيط**، مصدر سابق، باب الواو ص١١١٢.
إبراهيم، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، باب الواو، ج٢ ص١٠٥١.

(٢)ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٠٠. الحصكفي، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٣٧
ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٩ ص١٧٥.
الحلّي، **شرائع الإسلام**، مصدر سابق، ج١٢ ص٢١١.
العنسي، الصنعاني، اليمني، أحمد بن قاسم، نشر ١٩٩٣م، **التاج المذهّب لأحكام المذهب** ج٥ ص٢١٠، دار الحكمة اليمانية- صنعاء.

وعلى هذا فالوقف لا يؤثّر في العين الموقوفة، ولا يقصيها عن ملك الواقف، لأنّ حرية التصرف فيها باقية طول حياته، فله أنْ يرجع في الوقف متى شاء، وله أنْ يبيعه، وأنْ يهبه.. إلخ. وإذا مات بدون رجوع عنه انتقل ملك العين الموقوفة إلى ورثته، ولهذا فالوقف عند أبي حنيفة تصرّف جائز غير لازم كالعارية، فلا يلزم إلاّ بأحد ثلاثة أمور :

١-أنْ يحكم به الحاكم المولّى لا المحكَّم، أي بخروجه عن ملكه.

٢-أنْ يعلّق الوقف بموته بأنْ يقول إذا متُّ فقد وقفت داري على كذا فيلزمه بموته لا قبله.

٣-أنْ يجعل الوقف لمسجد ويفرزه عن ملكه ويأذن فيه بالصلاة[١].

ودليلهم : قول النبي ﷺ : (لا حبس عن فرائض الله)[٢]، لأنّ المال الموقوف يحول بين الورثة وأخذ نصيبهم من فرائض الله تعالى، وإنْ كان يحمل هذا على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع أبطل ذلك كلّه ولكن الحنفية قالوا النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلّا ما قام عليه دليل. ودليلهم الثاني ما رواه القاضي شريح أنّ الشعبي سُئل عن الحبس فقال جاء محمد ﷺ ببيع الحبس[٣] .

٢-عند الجمهور، الصاحبين[٤] ويفتى برأيهما عند الحنفية وعند الشافعي في ظاهر مذهبه[٥] وأحمد في أحد قوليه[٦]:

هو حَبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التّصرّف في رقبته، على مصرف مباح موجود، يُصرف رَيعه إلى جهة برٍّ تقرباً إلى الله تعالى.

---

(١)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٨ ص١٠١-١٠٢.

(٢)الدارقطني، **السنن**، مصدر سابق، رقم (٤٠٦٢) ج٤ ص٦٨

البيهقي، **السنن الكبرى**، مصدر سابق، رقم (١٢٢٥٥) ج ٦ ص١٦٢، و لم يسنده غير بن لهيعة عن أخيه عيسى وهما ضعيفان

(٣)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٠.

(٤)ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٠٣. الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٣٧.

(٥)الشربيني، **مغني المحتاج** إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج٢ ص٣٦٧.

(٦)الحجاوي، أبو النجا، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى(المتوفى : ٩٦٠هـ)، **الإقناع** في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ج٣ ص٢ دار المعرفة بيروت.

ومعنى هذا، أنّهم يرون أنّه متى تمّ الوقف، فليس للواقف ولا لغيره التّصرف في العين الموقوفة تصرّف المالك، فلا يبيعها ولا يهبها ولا يرهنها...إلخ. وإذا مات فلا تورّث عنه، بل يستمرّ وقفها وصرف ريعها على المستحقين. ولهذا فالوقف عندهم تصرّف لازم.

ويتّفق أبو يوسف ومحمد بن الحسن على جواز بيع العين لأمر عارض، وهو الاستبدال أو وفاء دين، دون غيرها من التصرفات، لأنّ الوقف مع الاستبدال باقٍ، ولكنّ العين الموقوفة هي التي تغيّرت. واختلف الصاحبان أبو يوسف ومحمد بعد ذلك، فقال أبو يوسف : يزول ملك الواقف بمجرّد القول قياسًا على الإعتاق، بجامع إسقاط الملك في كل. وقال محمد لا يلزم الوقف إلاّ بالتّسليم إلى المتولّي قياساً على الصدقة المنفذة، بجامع التبرع في كل مكان. والفتوى على قول أبي يوسف لما فيه من توسيع دائرة الوقف، وتسهيل عمل الخير[1].

دليلهم (أنّ عمر ﷺ أصاب أرضاً من ارض خيبر، فقال يا رسول الله، أصبتُ أرضاً بخيبر، لم أُصَبْ مالاً قطُّ أنفسَ عندي منه، فما تأمرني ؟ فقال : إنْ شئت حبَّست أصلها وتصدّقت بها، فتصدَّق بها عمر على ألاّ تباع ولا توهب ولا تورث، في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أنْ يأكل منها بالمعروف ويُطعم غير متمّول)[2]. مما يدلّ على منع التّصرّف في الموقوف.

واستمرّ العمل على وقف المال وحبسه على وجه البر والخير ومنع التصرف فيها سواء من الواقف أو غيره.

---

(١)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٠٢.

(٢)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٢٧٣٧) كتاب الشروط، ج٣ ص٢٥٩.

مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٤٣١١) كتاب الوصية باب الوقف، ج٥ ص٧٣.

أحمد، المسند، مصدر سابق، رقم (٤٦٠٨) ج٢ ص١٢.قال شعيب الأرناؤوط إسناده صحيح على شرط الصحيحين.

٣-**عند المالكية** :أقرب تعريف للوقف عند المالكية ما عرّفه به ابنُ عرفة(١) حيث قال : هو إعطاء منفعةِ شيء مدّة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيها ولو تقديراً(٢).

فالوقف عند المالكية لا يقطع حقّ الملكية في العين الموقوفة، وإنّما يقطع حقّ التّصرف فيها، واستدلّوا على بقاء الملك في العين الموقوفة بحديث عمر ﷺ حينما قال له النبي ﷺ : (إن شئت حبَّست أصلها وتصدّقت بها)(٣). في الحديث إشارة بالتّصدق بالغلّة مع بقاء ملكية الموقوف على ذمّة الواقف ومنع أيّ تصرّف تمليكي فيه للغير بدليل فهم عمر (على ألاّ تباع ولا توهب ولا تورث) (٤).

ثالثاً : الوقف عند الفقهاء المعاصرين :

عرّفه محمد أبو زهرة بتعريف جامع لصور الوقف فقال : الوقف هو منع التّ صرف في رقبة العين، التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداءً أو انتهاءً (٥). وهو قريب من تعريف الجمهور.

ويقول محمد عبد الستار عثمان : الوقف صدقة جارية من أموال الواقف في حياته، ويستمرّ بقاؤها بعد مماته، تخصّص لوجوه البر والخير، كإعانة الفقراء، أو بناء مسجد، أو قيام مدرسة، وما شابه ذلك شريطة بقاء واستمرار هذه الصدقة(٦).

ويخالفه الدكتور أحمد الحسن، حيث يقول : الوقف هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدّق بالمنفعة في أوجه البرّ والخير العامة، أو التي حدّدها الواقف(٧). وهو قريب من تعريف الحنفية.

---

(١)هو محمد بن محمد بن عرفة، أبو عبد الله، الورغمي، إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره. ولد سنة (٧١٦ هـ) وتوفي- رحمه الله- سنة (٨٠٣ هـ) انظر ترجمته في الديباج المذهب ص ٣٣٧، شذرات الذهب ٧ /٣٨، الأعلام ٧ / ٤٣، معجم المؤلفين ١١ / ٢٨٥

(٢)عليش، **شرح منح الجليل** (التسهيل لمنح الجليل)، مصدر سابق، ج٨ ص١٠٨.

(٣)سبق تخريجه ص١٠٥ .

(٤)الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مصدر سابق، ج٨رص١٥٦.

(٥)أبو زهرة، محمد، نشر ١٩٩٠م، **محاضرات في الوقف**، ص٥، دار الفكر العربي.

(٦)عثمان، محمد عبد الستار، ١٩٨٨م **المدينة الإسلامية**، ص٧٩، عالم المعرفة.

(٧)الحسن، د. أحمد، ١٩٩٦م، **بيت المال (النظام المالي)**، ص٥١ الوعي الإسلامي.

رابعاً : الوقف في القانون المدني الأردني :جاء في المادة (١٢٣٣) من القانون المدني الأردني[1]: " الوقف حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً "تناولت المادة السابقة تعريف الوقف فنصت على أنّه حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبرّ أخذاً بما جاء في المادة (١) من قانون العدل والإنصاف والتّي تنصّ على أنّ " الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد العباد والتّصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة أو وجه من وجوه البرّ"، وهذه المادة مقتبسة من كتاب ردّ المحتار، حيث جاء أنّ الوقف : "حبس العين على حكم ملك الواقف والتّصدق بالمنفعة ولو في الجملة"[2].

والوقف عقد منْ العقود الشرعية والقانونية، ينعقد بإرادة الواقف وحده وإيجابه، كما في مذهب أبي يوسف ومن نحا نحوه قياساً على الصدقة المنجزة، ويتوقف على القبول إذا كان الوقف مؤقتاً وعلى شخص معين.

وقد يتوقف تمامه على التسليم إلى المتولي كما يرى محمد بن الحسن، بأنّ التّصرفات إذا كانت عقوداً فأركانها الإيجاب والقبول، وإنْ كانت إسقاطاً فلا تحتاج إلى القبول[3].

وبما أنّ الوقف من قبيل الإسقاط فيكون ركنه الإيجاب فقط، وحينئذٍ ينعقد الوقف بصدور لفظٍ من الألفاظ الخاصة به من أهله مضافاً إلى موضوع قابل لحكم الوقف مستوفياً شروطه اللازمة.

فإذا قال شخص أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء، وتوفّرت فيه سائر الشروط، انعقد الوقف بمجرّد هذا القول بلا احتياج إلى قبول أحد[4].

---

(١)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٢)ابن عابدين، **حاشية رد المحتار** على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مصدر سابق، ج٣ ص٣٥٧.

(٣)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٠٤.

(٤)المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٤٩٠-٤٩١.

المطلب الثاني

مشروعية الوقف

أولاً : القرآن الكريم : قال تعالى :

﴿ لَّيْسَ ٱلْبِرَّ أَن تُوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ قِبَلَ ٱلْمَشْرِقِ وَٱلْمَغْرِبِ وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّـۧنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَٰهَدُواْ ... ﴿١٧٧﴾ ﴾ (سورة البقرة:الآية ١٧٧).

والبرّ في الآية الكريمة جامع للخير، فوصف الله تبارك وتعالى من كان عندهم هذه الصفات من فعل أنواع البرّ المذكورة بالصدق والتقوى في أمورهم والوفاء بها وهذا غاية الثناء(١).وقالَ تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِمَّا رَزَقْنَٰكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِىَ يَوْمٌ لَّا بَيْعٌ فِيهِ وَلَا خُلَّةٌ وَلَا شَفَٰعَةٌ وَٱلْكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٥٤﴾ ﴾ (سورة البقرة: الآية ٢٥٤). فالآية الكريمة جمعت الزكاة المفروضة والتطوّع والمسارعة فيهما قبل انتهاء الأجل والوقوف بين يدي الله عزّ وجلّ يوم لا ينفع مال ولا بنون(٢).

وقالَ تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ...﴾ (سورة البقرة: الآية ٢٦٧). فأمرَ اللهُ تبارك وتعالى المؤمنين الإنفاق من المختار الجيّد ونهى عن إنفاق الردئ (٣).

---

(١)القرطبي، الأنصاري، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت ٦٧١هـ)، **الجامع لأحكام القرآن** تفسير القرطبي ١٤٢٥-٢٠٠٥، ج٢ ص١٩٢، ط١، مكتبة الصفا-القاهرة.
(٢)القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٠٢.
(٣)القرطبي، المصدر السابق، ج٣ ص٢٤٢.

ثانياً : السنة المطهّرة :

عن أبي هريرة ﷺ أنّ النّبي ﷺ قال : (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلاّ من ثلاث : صدقةٍ جارية أو علمٍ ينتفع به أو ولد صالح يدعو له) [١]. قال النووي رحمه الله : وفيه دلالة على صحّة الوقف وعظيم ثوابه، ثمّ قال : فالصّدقة الجارية هي الوقف[٢].

وعن ابن عمر ﷺ قال : أصابَ عمر أرضاً بخيبر، فقال يا رسول الله، أصبتُ أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قطُّ أنفسَ عندي منه، فما تأمرني ؟ فقال : (إنْ شئت حبَّست أصلها وتصدقت بها، فتصدَّق بها عمر على ألاّ تباع ولا توهب ولا تورث، في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويُطعم غير متموّل)[٣]. فدلّ ذلك إلى اختيار المحبّس يضعه حيث شرط، وهذا الحديث أصل في تحبيس رقاب الأرض[٤].

وعن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : (من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً لوعد الله كان شبعه وريّه وبوله وروثه في ميزانه يوم القيامة) [٥]. فيه دلالة على أنّ الأحباس جارية في الخيل والرياع وغيرها[٦].

---

(١)مسلم، **الصحيح الجامع**، مصدر سابق، عن أبي هريرة (رقم ١٦٣١) كتاب الوصية باب ما يلحق الإنسان بعد وفاته، ج٥ ص١٩٣.

(٢)النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، **المنهاج شرح مسلم بن الحجاج**، ١٣٩٢ه، ط٢ ج١١ ص٨٥ دار إحياء التراث العربي بيروت.

(٣)سبق تخريجه ص١٠٥ .

(٤)ابن بطال، القرطبي، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، **شرح صحيح البخاري**، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ١٤٢٣-٢٠٠٣، ج٨ ص١٤٠، دار النشر مكتبة الرشد-السعودية.

(٥)البخاري، **الصحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم (٢٨٥٣) باب من احتبس فرساً، عن أبي هريرة ﷺ:من احتبس فرسا في سبيل الله إيمانا بالله وتصديقا بوعده فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة.، ج٤ ص٤٣.

النسائي، **المجتبى**، مصدر سابق، رقم (٣٥٨٢)، كتاب الخيل باب علف الخيل، قال الألباني صحيح، ج٦ ص٢٢٥.

أحمد، **المسند**، مصدر سابق، (رقم) ٨٨٥٣، وقال شعيب الأناؤوط صحيح وهذا إسناد قوي، ج٢ ص٣٧٤.

(٦)ابن بطال، **شرح صحيح البخاري**، مصدر سابق، ج٥ ص٥٩.

وعن أنس بن مالك ﷺ قال : كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالا من نخل، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء[1] وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله ﷺ يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب قال أنس فلما أنزلت هذه الآية ﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيْءٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٌ ﴿٩٢﴾ ﴾ (سورة آل عمران: الآية ٩٢) **قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إن الله تبارك وتعالى يقول** ﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيْءٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٌ ﴿٩٢﴾ ﴾ وإنّ أحَبَّ أموالي إليّ بيرحاء وإنّها صدقة لله أرجو برّها وذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله قال، فقال رسول الله ﷺ (بخ ذلك مال رابح ذلك مال رابح وقد سمعت ما قلت وإني أرى أن تجعلها في الأقربين) فقال أبو طلحة أفعل يا رسول الله فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه[2]. في الحديث دليل على أنّ الحبسَ إذا وقع أصله مبهماً كان صحيحاً ويُصرف إلى أقرب الناس إلى المحبِّس[3].

وعن ثُمامة بن حزن القشيري[4] قال شهدت الدار حين أشرف عليهم عثمان فقال أنشدكم بالله وبالإسلام هل تعلمون : أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال (من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة) فاشتريتها من صلب مالي... الحديث[5].

---

(١)البيرحاء اسم مال وموضع بالمدينة، أنظر النهاية في غريب الحديث : المبارك بن محمد الجزري دار الفكر بيروت مادة (برح).

(٢)ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن بن معاذ بن معبد (المتوفى٣٥٤ه)، نشر ١٤١٤-١٩٩٣، **صحيح ابن حبان** بترتيب ابن بلبان، تحقيق شعيب الأناؤوط، رقم (٣٣٤٠)، ط٢ ج٨ ص١٢٩قال شعيب الأناؤوط صحيح على شرط الشيخين، مؤسسة الرسالة بيروت.

(٣)البغوي، الحسين بن مسعود، **شرح السنة** للإمام البغوي، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، ١٤٠٢-١٩٨٣، ج٦ ص١٩١، ط٢، المكتب الإسلامي- دمشق-بيروت.

(٤)ابن حجر، العسقلاني، أحمد بن علي، **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق علي محمد البجاوي، نشر١٤١٢هـ، ص٤١٨ ج١، ط١، دار الجيل بيروت.

(٥)الترمذي، **سنن الترمذي**، مصدر سابق، عن ثمامة بن حزن القشيري (رقم٣٧٠٣)، كتاب المناقب، قال أبو عيسى هذا حديث حسن وقد روي من غير وجه عن عثمان، وقال الألباني حسن، ج٥ ص٦٢٧.
النسائي، **سنن النسائي**، مصدر سابق، عنه أيضاً (رقم٣٦٠٨)، كتاب الأحباس باب وقف المساجد.وقال الألباني صحيح، ج٦ ص٢٣٥.

في الحديث دليل على أنّ الوقف يصحّ بأي لفظ دل عليه إمّا مجردة وإما بقرينة[1].

ثالثاً : الإجماع :

إنّ العمل بالأحاديث الواردة عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم بصحة الوقف لا نعلم بين أحد من المتقدمين خلافاً في ذلك، فقد أجمع الخلفاء وسائر الصحابة ﷺ على مشروعية الوقف[2].

وقد جاءت الآثار بالوقف الذي أمر به رسول الله ﷺ وفعله الصحابة الكرام من بعده ﷺ بما وقفوه من عقارات وأموال إجماعاً منهم على أن الوقف جائز، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على صحة الوقف، وكان وقف عمر مائة سهم من خيبر أول وقف في الإسلام على المشهور، وقال جابر ﷺ : ما بقي أحدٌ من أصحاب رسول الله ﷺ له مقدرة إلاّ وقف [3].وقال ابن قدامة: " وهذا إجماع من الصحابة ﷺ، فإنّ الذي قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً "[4] ، وقال ابن رشد : " الأحباس سنة قائمة عمل بها رسول الله ﷺ والمسلمون من بعده "[5].

رابعاً : القياس :

لأنّ الوقف نوع صدقة من الصدقات، وتبرّعٌ منَ التبرعات، وهي جميعا جائزة ومندوب إليها بالنصوص الكثيرة، ولم يأت ما يمنع منه، فكان مندوبا إليه على القياس. هذا هو حكمه الأصلي، وقد يطرأ على الوقف طارئ فيخرج به عن حكمه الأصلي إلى الكراهة أو الحرمة أو الوجوب.فيجب إذا نذره ناذر، كما إذا قال : إن قدم ولدي من سفره سالما فعليَّ أنْ أقف هذه الدار على ابن السبيل. وقد يكون مباحاً إذا خلا عن قصد القربة لله تعالى، ولذا يصح وقف الذميّ ولا ثواب له. ويحرم كما لو وقف مسلم على معصية، كوقفه على كنيسة [6].

---

(١)ابن حجر، العسقلاني ابو الفضل أحمد بن علي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، نشر ١٣٧٩، ج٥ ص٤٠٩، دار المعرفة بيروت.

(٢)القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (المتوفى ٢٧٦هـ)، **الجامع لأحكام القرآن** تفسير القرطبي، ج٦ ص٢٥٤، ط١، مكتبة الصفا – القاهرة.

المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص٤٨٩.

(٣)الخصاف، الشيباني، أحمد بن مر، نشر١٩٩٩، **أحكام الوقف**، ط١ ص١٧٨ دار الكتب العلمية بيروت.

(٤)المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٥ ص٥٩٩.

(٥)عليش، **منح الجليل**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤

(٦)الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٧٩.

المطلب الثالث

الحكمة من مشروعية الوقف [1]

١-تفتيت الثروة كلما تجمّعت في يد أحد، والعمل على عدم تجميعها في يد الورثة، لأنّ الوقف في الغالب يكون للورثة وغير الورثة معاً، فلا يكون خاصاً بهم، وهو وإنْ كان لهم وحدهم أحياناً، فلنْ يكون إرثاً عنهم بعد وفاتهم، ولكنْ لمن بيَّنه الواقف خاصة.

٢-تأمين صدقة جارية يستمرّ خيرها للواقف، ويلحقه أجرها إلى مدة طويلة، وربّما إلى أخر الدنيا، وهو منْ أهمّ ما يفيد الإنسان المسلم بعد موته، لقول النبي ﷺ : (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له) [2] .

٣- تأمين موردٍ دائم لكثير من المحتاجين والفقراء والمعوزين المستفيدين من الوقف، من الورثة وغيرهم، ذلك أنّ الموقوف من المال خارج عن التركة، وغير داخل في الإرث، ولأنّ نهايته يجب أنْ تكون لجهة دائمة لا تنقطع، وهي الفقراء والمساكين.

٤-تلبية رغبة الواقف في نقل الاستفادة مِنْ أمواله الموقوفة لمن يريده ويحبّه، ذلك أنّ الموقوف من المال خارج عن التركة، ولا يدفع إلاّ للموقوف عليهم.

٥-تفويت الفرصة على الجاهلين من الورثة في إضاعة ما ورثوه، لسوء تصرفهم، حيث يمنعون من بيع عين الموقوفات والتصرف بأعيانها، سوى الانتفاع بها انتفاعا معتادا مدى الحياة، بحسب شرط الواقف.

الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٨٠.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٤٦.
ابن عابدين، **رد المحتار**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٥٨-٣٦٠،
عليش، **منح الجليل**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤.
(١)**مجلة البحوث الإسلامية**، أهمية الوقف وحكه ومشروعيته، الدكتور عبد الله بن أحمد الزيد، ج٣٦ ص١٨٠، العدد ٣٦، إصدار ١٤١٣ هـ، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء.
(٢)سبق تخريجه ص١٠٨ .

٦- تأمين مورد دائم للجهات الخيرية والدينية العامة التي ربما يتساهل الناس في العناية بها والإنفاق عليها، كالمساجد، والمستشفيات، والمبرَّات، والزوايا.... ذلك أن الوقف الخيري إنما شرع لمثل هذه الأمور، وأنه لا يخلو عادة وقف من جهة خير، حالاً أو مآلا، لأنّ الأوقاف الأهلية يشترط لصحتها أنْ تؤول إلى الخيرات عند انعدام المستحقين لها، وإلاّ لم تصح.

المطلب الرابع

صفة الوقف لزوماً

أولاً : في الفقه الإسلامي :

اختلف الفقهاء من ناحية لزوم الوقف على ثلاثة أقوال :

الأول : عند **أبي حنيفة وزفر** جائز غير لازم، يجوز الرجوع عنه، فالواقف يحبس العين على ملكه ويتصدق بالمنفعة إلى الجهة التي سمّاها، فهو بمنزلة العارية غير اللازمة له أن يرجع فيه متى شاء ويبطل بموته ويورث عنه وعليه الفتوى[(١)].

فلا يلزم عند أبي حنيفة إلاّ :

١-إذا حكم القاضي بلزومه.

٢-أنْ يكون الوقف مسجداً فينقطع حقّ الواقف بإقامة الشعيرة.

٣-أنْ يخرج الوقف مخرج الوصية فيلزم إذا خرج من الثلث. وقد خالف أبا حنيفة وزفر بعدم لزوم الوقف جميع أصحاب أبي حنيفة.

وكانَ أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفة بجواز الوقف وعدم لزومه إلاّ أنّه حين رأى وقوف الصحابة في المدينة ونواحيها رجع فأفتى بلزومه[(٢)].

الثاني : عند **محمد بن الحسن والشافعية والحنابلة** إذا صحّ لازماً لا ينفسخ بإقالة ولا غيرها، وينقطع تصرف الواقف فيه ولا يملك الرجوع عنه ويزول ملكه عن العين الموقوفة لحديث عمر ﵁ السابق (إنْ شئت حبّست أصلها وتصدقت بها لا تباع ولا توهب ولا تورث) وهو بمنزلة الهبة والصدقة، وعند محمد لا يجوز وقف مشاع قابل للقسمة، والوقف إسقاط ملك عند أبي يوسف كالطلاق والإعتاق، يتمّ بمجرد التلفظ ولا يشترط فيه التسليم، ويصحّ وقف المشاع لأنّه أحوط وأسهل وهو المفتى به عن الحنفية[(٣)].

---

(١)الحصكفي، **الدر المختار** شرح تنوير الأبصار، مصدر سابق، ج٤ ص٣٣٨-٣٣٩.

(٢)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج١٢ ص٥٠-٥١.

(٣)ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٢٤.

الثالث : المالكية، الوقف عندهم إنْ صحّ لزِم ولا يتوقف على حكم الحاكم، حتى ولو لم يقبض، ولو قال الواقف ولي الخيار، فإنْ أراد الواقف الرجوع فيه لا يمكن، وإذا لم يقبض أُجبر على إخراجه من تحت يده للموقوف عليه، وهو من قبيل الإعارة اللازمة في حال الحياة، ومن قبيل الوصية بالمنفعة بعد الوفاة، فليس للواقف في حال صحته الرجوع عن الوقف قبل حصول المانع، ويجبر على القبض إلاّ إذا اشترط لنفسه الرجوع، أمّا في حال المرض فللواقف الرجوع فيه لأنّه كالوصية[1].

ثانياً في القانون المدني :

جاء في المادة (١٢٤٣) من القانون المدني الأردني[2]:

" ١- بعد إتمام الوقف لا يوهب ولا يورّث ولا يوصى به ولا يرهن ويخرج عن ملك الواقف ولا يملّك للغير.

٢-يجوز استبدال العقار الموقوف عند وجود المسوغ الشرعي بإذن المحكمة، وأمّا الموقوف المنقول فيخضع لأحكامه الخاصة في الوقف".

وإذا استُبدِل بما دَرَس أو توهَّن من العقارات الموقوفة عقارٌ آخر، أو بيع بالدراهم، يصبح وقفًا محله، أو يُشتري بثمنه عقار يصبح وقفًا بمجرّد شرائه دون حاجة إلى تجديد وقفيّته، ونُصوص الفقهاء في كل ذلك مُستفيضة مَعروفة لدى علماء الشريعة، ولا يجوز لسلطة أن تستوليَ عليها، وتجعلَها من أملاكها الخاصة أو العامّة، فتبنيَ عليها مبانيَ لها، أو تبيعَها وتُدخِلَها في ميزانياتها، سواء أكانت تلك السلطة التي تريد هذا الاستيلاء هي البلديات أو وزارات أخرى، بل هذا يعتبر غَصْبًا لمال إسلاميٍّ مرصود لمصالح المسلمين، وتصرُّفًا فيه لمصالح لا تخصُّ المسلمين وحدَهم وإن كانت عامّة.

وجاء في المادة (٣) من قانون العدل والإنصاف ما نصه : بمجرّد انعقاد الوقف صحيحًا يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة ويصير الوقف لازمًا فلا يملك الواقف

النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج٩ ص٢٤٥.
ابن قدامة، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٦ ص١٨٨.
ابن قدامة، **المغني** في فقه الإمام أحمد، مصدر سابق، ج٦ ص٢١٢.
(١)الدردير، **الشرح الكبير** ج٤ ص٨٢.
(٢)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

الرجوع عنه ولا يملك لأحد من الموقوف عليهم أو غيرهم ببيع أو هبه أو غيرهما ولا يرهن ولا يورث وهذا موجبه.

وقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا أنّ الفقهاء قد صرحوا بأنّه يزول ملك الواقف عن الموقوف بمجرد الوقف كالإعتاق وأنّ الوقف تصرف ملزم للواقف لا يستطيع الرجوع عنه وليس لورثته إبطاله لأنّه أصبح على حكم ملك الله تعالى مخصصاً لمصلحة الجهة الإسلامية الموقوف عليها. وقرّر الفقهاء في مختلف المذاهب أنّ الموقوف لا يباع ولا يوهب ولا يورّث بل يبقى محبوساً أصله عن كل تمليك وتملك وترصد منفعته العينية أو ريعه - بحسب كونه موقوفاً للانتفاع بعينه كالمساجد والمقابر أو للانتفاع بريعه وغلته كالدور والحوانيت والأراضي الزراعية - للجهة الموقوف عليها أبداً إحياءً لها [1].

وقال محمد قدري باشا : بمجرّد انعقاد الوقف صحيحاً يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة ويصير الوقف لازماً فلا يملك الواقف الرجوع فيه. [2].وقال أبو زهرة : الوقف عند من يحكم بلزومه التزام تبرُع، من آثاره منع التصرف في العين الموقوفة بالبيع والهبة والرهن، وصرف المنفعة في الجهات التي عيّنها الواقف وعلى مقتضى الشروط التي شرطها، ويعود الوقف إلى ورثته وقت وفاته، ومن يكون قد مات منهم بعد وفاته فإنّ نصيبه يئول إلى ورثته وهكذا [3]. وقال سيد سابق : ومتى فعل الواقف ما يدل على الوقف أو نطق بالصيغة لزم الوقف بشرط أنْ يكون الواقف ممنْ يصحّ تصرّفه بأنْ يكون كامل الأهلية من العقل والبلوغ والحرية والاختيار ولا يحتاج في انعقاده إلى قبول الموقوف عليه[4].

---

(١)الزرقا، مصطفى، ١٤١٩ه-١٩٨٩م، **أحكام الوقف**، ط٢ ص٥٣، دار عمّار عمان.

(٢)قدري باشا، محمد، نشر ٢٠٠٦، **قانون العدل والإنصاف**، تحقيق علي جمعة و محمد أحمد سراج، ص٤، دار السلام القاهرة.

(٣)أبو زهرة، محمد، **محاضرات في الوقف**، ١٩٥٩، ص٥٨- ص١١٦، مطبعة أحمد علي مخيمر- مصر.

(٤)سابق، سيد، ١٤٠٣ه-١٩٨٣م، **فقه السنة**، ط٤ ج٣ ص٣٨١ دار الفكر للطباعة والنشر بيروت.

المطلب الخامس

أركان الوقف

لا بدّ للوقف أنْ تتوفر فيه سائر الأركان الواجبة في العقود كما عند الجمهور سوى الحنفية الذين يقولون أن ركن العقد الصيغة وهو الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف وهي الألفاظ الدالة على معنى الوقف، والركن هو جزء الشيء الذي لا يتحقق إلا به، ويكون الوقف بناء عليه كالوصية تصرفاً يتم بإرادة واحدة هي إرادة الواقف نفسه، وهي التي يعبّر عنها بإيجاب الواقف.

وأركان الوقف عند الجمهور[1] أربعة : الواقف، والموقوف، والموقوف عليه، والصيغة، كما في التفصيل التالي :

الركن الأول : الواقف (الشخص المحبِّس):

١)الواقف :

هو المالك للوقف أو منفعته، فيشترط في الواقف أنْ يكون ممّن تتوفر فيهم أهلية التبرع، وهي أهلية الأداء الكاملة، ويقصد بها صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، حيث تبدأ هذه الأهلية متى أصبح مميزاً، ولكنّها تكون قاصرة وتتم بتمام عقله وجسمه، وذلك عند بلوغه رشده، فيتحمل عندها التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق، ويمكن أنْ نجمل شروط الواقف بما يلي :

أ- العقل : فلا يصحّ وقف المجنون لأنّه فاقد العقل ولا المعتوه لأنّه ناقص العقل ولا مختلّ العقل بسبب مرض أو كبر والنائم والمغمى عليه[2]. وقد ذكرت المادة (٢١٢) من

---

(١)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٧٦.

البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٨.

(٢)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٠٤.

الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (المتوفى ١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك** (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، ج٤ ص١٠١، دار المعارف.

الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٧٧.

جاء في المادة (٢٠٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني :

" أ- المعتوه هو الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدبيره فاسدا.

قانون الأحوال الشخصية : " المعتوه هو في حكم الصغير المميّز. والجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميّز "[1].

ب- البلوغ : فلا يصح وقف الصبي الذي لم يبلغ سواء أكان مميزاً أو غير مميّز لأن البلوغ مظنّة كمال العقل[2]. وقد ذكرت المادة (٤٤) من قانون الأحوال الشخصية أنّه : " ١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. ٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز ". كما ذكرت المادة (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية أنّه : " كُلُّ من بلغ سِنّ التّمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" [3].

ج- أنّ لا يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو فلس عند جمهور الفقهاء، وأجاز بعض الفقهاء وقفه في حالة واحدة، وهي أنْ يقف على نفسه أو على جهة بر وخير، لأن في ذلك مصلحة له بالمحافظة عليه، وعند الحنفية لا ينفذ وقف المدين المفلس إلاّ بإجازة الدائنين[4]، فعدم الحجر عليه شرط نفاذ لا شرط صحة عندهم.

وقد ذكرت المادة (٢١٤) من قانون الأحوال الشخصية أنّه : " يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك "[5].

ب- السفيه هو الذي ينفق ماله في غير موضعه، ويبذر في نفقاته، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف خلافا لما يقتضيه الشرع والعقل.

ج- ذو الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات النافعة فيغبن في المعاملات لبله فيه. "

(١)قانون - رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ - نشر بتاريخ ١٧ \ ١٠ \ ٢٠١٠

(٢)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٠٤.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٧٧.

(٣)قانون - رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ - نشر بتاريخ ٠١ \ ٠٨ \ ١٩٧٦

(٤)الطرابلسي، برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي، **الإسعاف في أحكام الأوقاف**، نشر ١٣٢٠هـ ١٩٠٢م، ص١١، ط٢، مطبعة هندية شارع المهدي – مصر.
الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٢ ص١٤٨.
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٨٠.
البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، مصدر سابق، ج٢ ص١٥٥.

(٥)قانون - رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ - نشر بتاريخ ١٧ \ ١٠ \ ٢٠١٠

د- الاختيار، فلا يصحّ وقف المكره لأن عقود وتصرفات المكره باطلة عند الجمهور الشافعية والمالكية والحنابلة، إذ لا تصحّ عبارات المكره[1].

هـ- الحرية والملك، فلا يصحّ وقف العبد إلا بإذن سيّده، لأنّه لا يملك شيئاً وإنّما هو وما ملكت يداه لسيده، ولا يصحّ وقف مال الغير ولا وقف الغاصب المغصوب، فلا بدّ من أن يكون مالكاً الموقوف وقت الوقف ملكاً باتاً [2].

وقد جاء في المادة (١٢٣٨/١) من القانون المدني الأردني[3]: " يرفض سماع الأشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل أو إذا ظهر أنّ الواقف فاقد الأهلية " وذلك لأنّ الوقف من التصرفات الإنفرادية فيشترط لصحته أن يكون الواقف أهلاً للتبرّع فإذا ظهر أنه فاقد الأهلية يرفض سماع إقراره بالوقف لعدم صحته شرعاً عملاً بالمادة (٢٤) من قانون العدل والإنصاف.

مسألة : وقف المدين : فصّل فقهاء الحنفية في المدين في أنه :

إذا كان الدّين غير مستغرق لماله ووقف ما زاد على ما يفي دينه، فوقفه صحيح نافذ لعدم مصادمة حق الدائنين[4].

وإذا كان دينه مستغرقاً لماله فإنّ وقفه يتوقف على إجازة الدائنين، سواء حُجر عليه أم لم يُحجر عليه، في حال مرض الموت أم في الصحة[5].

---

(١)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٧٧.
الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٦٩.
الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (المتوفى ١٢٥٠هـ)، **السيل الجرار** المتدفق على حدائق الأزهار، ط١، ص٨١٢، دار ابن حزم.
ابن قدامة، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج١٢ ص٢٤٠.

(٢)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢٥ ص١٩.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٧٦.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٩.
القادري، أحمد بن عبد الله، **مجلة الأحكام الشرعية**، مصدر سابق، ص٤٣٥.
المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٠٧.

(٣)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٤)القادري، **مجلة الأحكام الشرعية**، مصدر سابق، (م١٥١٢)، ص٤٦٥.

(٥)أمير باد شاة، الحنفي البخاري، محمد أمين بن محمود (المتوفى٩٧٢هـ)، **تيسير التحرير**، ج٢ ص٢٧٢، دار الفكر بيروت.

مسألة : وقف المريض مرض الموت :

وكذلك الحال في وقف المريض مرض الموت : وهو المرض الذي يقوم بالإنسان فيعجزه عن مباشرة أعماله التي كان يزاولها حال صحته وينتهي بالموت. وجاء في الفتاوى الهندية : المريض مرض الموت : من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح، ثم قال : المُختار والفتوى أنّه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت سواءٌ كان صاحب فراش أو لم يكن[1].

ومرض الموت المخوّف كما في (م٨٦٨) من مجلة الأحكام الشرعية : هو مرض يخاف منه في العادة متصل بالموت[2]. لأنّ مرض الموت يترتب عليه تعلق حقوق الدائنين بمال المريض من وقت نزول المرض به وقبل حصول الوفاة بالفعل، محافظة على حقوقهم، حتى لا يتصرف في ماله تصرفاً يؤدي إلى ضياع الحقوق.

ووقف المريض مرض الموت إذا لم يكن مديناً يأخذ حكم الوصية، ويكون صحيحاً ونافذاً، وللواقف أنْ يرجع عنه مادام حياً، فإذا مات وكان له وارث، فإنْ كان ما وقفه لا يزيد على الثلث نفذ الوقف في حدود الثلث وتوقّف فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة، فإنْ أجازوه نفذ، وإنْ لم يجيزوه بطل، وإنْ أجازه البعض دون البعض نفذ الوقف في حق منْ أجازه، وبطل في حق من لم يجزه[3].

فالسلامة من المرض ليست شرطاً لصحة الوقف، وأنّ الواقف إذا وقف في حال المرض جاز عند الحنفية، ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته، أمّا عند الصاحبين فالوقف جائز في حال الصحة والمرض على حدّ سواء[4]..

---

(١)الشيخ نظام وآخرون ١٩٩١، **الفتاوى الهندية**، ج٤ ص١٧٦، مصورة بالأفست المطبعة الأميرية بولاق ١٣١٠، دار الفكر.

(٢)القادري، **مجلة الأحكام الشرعية**، مصدر سابق، ص٣٠٣.

(٣)القادري، **مجلة الأحكام الشرعية**، مصدر سابق، (م٨٣٨)، ص٣٩٢.

الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف ، ص٣٥.

(٤)الحصكفي، **الدر المختار** شرح تنوير الأبصار ج٤ ص٣٩٧.

وعند الجمهور إذا خرج الوقف من الثلث نفذ ولزم من غير رضا الورثة، وما زاد على الثلث لزم منه الوقف بقدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة لأنّ حقّهم تعلق بالمال بوجود المرض، فمنع من التبرع بزيادة على الثلث كالعطايا والعتق[1].

وهو باطل عند المالكية ولو كان من الثلث لأنّ الوقف في المرض كالوصية ولا وصية لوارث، وإنْ لم يكن الوقف في المرض على وارث بل على غيره، ينفذ كسائر التبرعات من الثلث[2].

مسالة : شروط الواقفين :

أولاً : شروط الواقف في الفقه الإسلامي :

قد يضع صاحب الوقف شروطاً عند إنشائه الوقف، يعبّر من خلالها عن مقاصده وأهدافه التي يروم تحقيقها من وراء وقفه، وقد توسّع فقهاء الحنفية والمالكية كثيراً في تصحيح شروط الواقف حتى اشتهر على لسان الفقهاء عبارة " شرط الواقف كنصّ الشارع[3]".وكان الفقهاء في شروط الواقف على أربعة أقوال :

أولاً : رتّب **الحنفية** أن كل ما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص، والحكم به حكم بلا دليل، سواء أكان كلام الواقف نصاً أم ظاهراً لأنه يجب إتباعه عملاً بالقول " شرط الواقف كنص الشرع "[4].

---

(١)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٧٧.
الدردير، **الشرح لكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٧٨.
المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٥ ص٥٧١
القادري، **مجلة الأحكام الشرعية**، مصدر سابق، (م٧٦٤)، ص٢٧٩.
(٢)الدردير، **الشرح الكبير**، ج٤ ص٨٢.
(٣)شعبان، د. زكي الدين، و الغندور، د. أحمد، نشر ١٩٨٤م، **أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية**، ط١، ص٥١٤ مكتبة الفلاح الكويت
(٤)الحصطفي، المصدر السابق، ج٦ ص٦٩١.

والمسائل التي يجوز فيها مخالفة شرط الواقف سبع مسائل كما ذكر الحنفية[1] وهي :

١-لو شرط عدم الاستبدال بالموقوف شيئاً آخر[2]. وجاء في المادة (١٢٤٣/٢) من القانون المدني الأردني : " يجوز استبدال العقار الموقوف عند وجود المسوّغ الشرعي بإذن المحكمة،وأما الموقوف المنقول فيخضع لأحكامه الخاصة في الوقف".

٢-إذا شرط أن القاضي لا يعزل الناظر، فللقاضي أن يعزل غير الأهل. وقد جاء في المادة (١٢٤٨) من القانون المدني الأردني : " يجوز للمحكمة بناء على طلب أصحاب الشأن عزل المتولي أو المشرف على الوقف ولو كان هو الواقف أو منصوبه إذا ثبتت خيانته أو قام مانع شرعي من توليته ولها أنْ تضمّ إليه غيره إذا كان عاجزاً عن القيام بمهمته بانفراده. أمّا إذا كان المتولي أو المشرف منصوباً من قبل المحكمة فلها أن تعزله إذا رأت ما يدعو إلى ذلك ولها أن تقيم غيره مؤقتاً إلى أن يفصل في أمر العزل نهائياً ".

٣-إذا شرط إنْ لا يؤجّر وقفه أكثر من سنة وكان في الزيادة نفع للفقراء فللقاضي المخالفة دون الناظر.

٤-لو شرط أنْ يُقرأ على قبره فالتعيين باطل أي على القول بكراهة القراءة على القبر والمختار خلافه.

٥-لو شرط أنْ يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل في مسجد كذا فللقيّم التصدّق على سائل غير ذلك المسجد أو خارج المسجد أو على من لا يسأل.

٦-لو شرط للمستحقين خبزاً ولحماً معيناً كل يوم فللقيم دفع القيمة من النقد وفي موضع آخر لهم طلب المعين وأخذ القيمة أي فالخيار لهم لا له وذكر في الدر المنتقى أنّه الراجح.

٧-تجوز الزيادة من القاضي على معلوم الإمام إذا كان لا يكفيه وكان عالماً تقياً.

---

(١)الحصكفي، المصدر السابق، ج٤ ص٣٨٧-٣٩٤.

(٢)الطرابلسي، الحنفي، **الإسعاف في أحكام الأوقاف**، مصدر سابق، ص٥٤.

وقد جاء في المادة (١٢٤٠) من القانون المدني الأردني[1]: " كل شرطٍ مخالفٍ لحكم الشرع أو يوجب تعطيلاً لمصلحة الوقف أو تفويتاً لمصلحة الموقوف عليهم فهو غير معتبر"

ثانياً : قال **المالكية** : إتباع شرط الواقف وجوباً، إنْ جاز ولو كان مكروهاً ولم يمنع شرعاً كفرش المسجد بالبُسُط، فإنْ لم يجز لم يتبع في شرطه، كاشتراط إخراج البنات من وقفه إذا تزوجن.

وإنْ اشترط تخصيص أهل مذهب لصرف غلّة وقفه عليهم، أو التدريس في مدرسة أو تخصيص إمام في مسجده أو تخصيص ناظر اتبع شرطه ولا يجوز العدول عنه لغيره[2].

ثالثاً : قال **الشافعية** : إنّ اتباع شرط الواقف كسائر الشروط المتضمنة للمصلحة، فلو وقف بشرط ألاّ يؤجّر أصلاً أو يؤجر أكثر من سنة صحّ الوقف ويستثنى حال الضرورة. وهو ما تضمّنته المادة (١٢٤٠) من القانون المدني الأردني كما سبق بيانه.

وتصرف الغلّة على شرط الواقف من الأثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتأخير والجمع والترتيب، وإدخال من شاء بصفة وإخراجه بصفة، لأنّ الصّحابة ﷺ وقفوا وكتبوا شروطهم، فكتب عمر بن الخطاب ﷺ صدقة للسائل والمحروم، والضيف ولذي القربى وابن السبيل، وفى سبيل الله، وكتب على ﷺ بصدقته " ابتغاء مرضاة الله ليولجني الجنة، ويصرف النار عن وجهي ويصرفني عن النار، في سبيل الله وذي الرحم والقريب والبعيد، لا يباع ولا يورّث " وكتبت فاطمة ﷺ بنت رسول الله ﷺ : لنساء رسول الله ﷺ وفقراء بني هاشم وبني المطلب[3].

---

(١)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٢)عليش، أبو عبد الله حمد بن أحمد بن محمد، نشر ١٩٥٨م، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك** فتاوى ابن عليش رحمه الله، جمعها ونسقها وفهرسها علي بن نايف الشحود ج٢ ص٤٣١ مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.

الدسوقي، **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٤ ص٨٨.

(٣)النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٤٧.

الشيرازي، **المهذب**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٢٨.

رابعاً : ذكر **الحنابلة** : أنّه يرجع وجوباً إلى شرط الواقف أي : بما شرط من وصف أو قيد أو إطلاق أو جهة أو غير ذلك، فلا يُرجع في ذلك إلى رأي الناظر، بل إلى ما شرط الواقف، فيُعمل به بشرط ألاّ يخالف الشرع، والدليل : أن الله ﷻ قال في الوصية: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١٨١﴾﴾ (سورة البقرة: الآية ١٨١)، فبيَّن الله تعالى أنّ من بدّل الشرط الذي اشترطه في نقل ملكه بعدما سمعه فعليه الإثم، ومن السُنّة أنّ عمر ﷺ اشترط في إيقافه في خيبر شروطاً، ولولا أنّه يجب تنفيذها لكان اشتراطه لها لا فائدة منه.

والتعليل لأنّ الواقف أخرج ملكه عن هذا الموقوف على وصف معين، فلا يجوز أنْ يتجاوز به إلى غيره[1].

ثانياً : شروط الواقف في القانون المدني الأردني :

لقد أيّدت مواد القانون المدني الأردني في نصوصها وجوب احترام إرادة الواقف، واعتبار شروطه ما لم تتنافَ وأحكام الشريعة، وذلك لحفظ وصيانة الوقف والموقوف عليهم، وقد جاء في المادة (١٢٤١) من القانون المدني الأردني[2]: " ١- شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة. ٢- للمحكمة عند الاقتضاء تفسير شروط الواقف بما يتفق مع مدلولها ".

أما موضوع مراعاة شروط الواقفين[3] في إطار تحقيق مصلحة الوقف فقد جاء النّص عليها واضحاً في القانون المدني، حيث نصت المادة (١/ ٧٥٢) منه على أنّه : " يراعى شرط الواقف في إجارة الوقف، فإنْ عيّن مدة للإيجار فلا تجوز مخالفتها، ولكنّها وفي

---

(١)المقدسي، ابن قدامة، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج ٦ ص٢١٢.
العثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، مصدر سابق، ج١١ ص٣٣.
البهوتي، **كشاف القناع** عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج٤ ص٢٨٦
ابن ضويان، **منار السبيل**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢.
(٢)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.
(٣)أبو زهرة، **محاضرات في الوقف**، مصدر سابق، ص١٥٥–١٨٢.
سراج، د. محمد، **أحكام الوقف في الفقه**، نشر ١٩٩٥م،ص٢٦.
الزحيلي، وهبة، **الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي**، نشر ١٩٩٦م، ص١٧٦، دار الفكر دمشق.

الفقرة (٢) منه بينت أنّه " إذا لم يوجد من يرغب في استئجار الموقوف المدة المعنية ولم يشترط للمتولي حق التأجير لما هو أنفع للوقف رفع الأمر إلى المحكمة لتأذن بالتأجير المدة التي تراها أصلح للوقف".

وقد ذكرت المادة (١٢٤٤) أنه : " تسري على شروط حجة الوقف وشروط الواقف وقواعد الاستحقاق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بالوقف ".

وأعطت المادة (١/ ١٢٣٧) للواقف أن يشترط لنفسه أو لغيره حق التغيير والتبديل فيما نصه " إذا أعطى الواقف حين إنشاء الوقف لنفسه أو لغيره حق التغيير والتبديل والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان "، واستثنت المادة (١٢٣٩) من ذلك المسجد، حيث نصت على أنه لا يجوز التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه " لا يجوز التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه "، لأنّ الوقف يحمل صفة اللزوم على المفتى به والمعتمد شرعاً[1].

ولكنّ الفقرة (٤) من المادة (١٢٣٧) أعطت الواقف حق تغير المتولي ولو لم يشرط لنفسه ذلك حين الوقف " للواقف تغيير المتولي ولو لم يشرط لنفسه ذلك حين لوقف. " ونصّت المادة (١٢٣٧) فقرة (١) على أنّه إذا أعطى الواقف حين إنشاء الوقف لنفسه أو لغيره حق التغيير والتبديل والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان والبدل والاستبدال جاز له أو لذلك الغير استعمال هذا الحق على الوجه المبين في إشهاد الوقف، وبينت المادة (١٢٣٨) فقرة (٢) أنّه إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط،"على أنه إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط".وأوضحت المادة (١٢٤٠) على أنّ " كل شرط مخالف لحكم الشرع أو يوجب تعطيلاً لمصلحة الوقف أو تفويتاً لمصلحة الموقوف عليهم فهو غير معتبر".. مما يؤكد أن القانون قد أخذ بمبدأ الاعتبار لشروط الواقفين في حدود ما يحقق مصلحة الوقف ويضمن تحقيقه لأهدافه.

---

(١)ابن عابدين، **رد المحتار**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٥٧.

وقد جاءت المادة (١٢٤٧) واضحة في تقرير أنّ وزارة الأوقاف في توليها الإشراف على الوقف الخيري وإدارته واستغلاله لا بدّ من أنْ تراعي شروط الواقف، فالمادة تقول : "مع مراعاة شروط الواقف تتولى وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية على الوقف الخيري، وتتولى إدارته واستغلاله وإنفاق غلته على الجهات التي حددها الواقف ."

الركن الثاني : الموقوف (المحبّس) :

الموقوف : هو محل الوقف الذي يرد عليه العقد، وترتب آثاره الشرعية عليه.

المطلب السادس

أنواع الوقف

جاء في المادة (١/ ١٢٣٤) من القانون المدني الأردني[١]: " يكون الوقف ذريّاً إذا خُصّصت منافعه إلى شخص أو أشخاص معينين وذريّاتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم "

تناولت هذه المادة تقسيم الوقف من حيث الجهة الموقوف عليها إلى أوقاف خيرية : وهي التي تخصص منفعتها لجهة البرّ ابتداءً دون أنْ يكون للواقف أو ذريته حق فيها، كالأوقاف المخصصة للمساجد والمدارس والمستشفيات، وأوقاف ذرية : وهي التي تخصص منفعتها للواقف شخص أو أشخاص معينين وذرياتهم على أنْ تؤول على جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم [٢].

أولاً : الوقف الأهلي ويسمى الوقف الذرّي :

يكون الوقف على الأحفاد أو الأقارب ومن بعدهم إلى الفقراء، ويسمّى هذا بالوقف الأهلي أو الذريّ [٣]

الوقف الأهلي أو الذّرّي : هو الّذي يوقف في ابتداء الأمر على نفس الواقف أو أيّ شخص أو أشخاص معيّنين، ولو جعل آخره لجهة خيرية، كأن يقف على نفسه، ثم على أولاده، ثمّ من بعدهم على جهة خيرية [٤].

أو هو ما كان خيره وريعه ونتاجه على الذريّة كالأولاد والأحفاد وغيرهم من الأهل والأقارب[٥].

---

(١)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

(٢)**المذكرات الإيضاحية**، مصدر سابق، ج٢ ص٨١٠.

(٣)سيد، **فقه السنّة**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٥٩.

(٤)الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مصدر سابق، ج٨ ص١٦١.

(٥)الدربويش، أحمد بن يوسف، **الوقف مشروعيته أهميته الحضارية**، ص١٦٠.

ثانياً : الوقف الخيريّ :هو الّذي يوقف في أوّل الأمر على جهة خيريّة، ولو لمدّة معيّنة، يكون بعدها وقفاً على شخص معيّن أو أشخاص معيّنين. كأنْ يقف أرضه على مستشفى أو مدرسة ثمّ من بعد ذلك على نفسه وأولاده[1]

أو هو الوقف على جهات البرّ، كالفقراء والمساكين والمساجد وما إلى ذلك [2] .

وهو بالأصالة يستهدف تحقيق مصلحة عامّة كالوقف على المساجد ودور العلم وعلى العلماء والفقراء والمستشفيات... وقيل إنّ الوقف الخيري هو ما جُعل ابتداءً على جهة من جهات البرّ، ولو لمدّة معينّة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معيّنين. فإذا وقف إنسان داره لينفق غلتها على المحتاجين منْ أهل بلده كان الوقف خيرياً [3].

ثالثاً : الوقف المشترك : وهو ما خصصت منافعه إلى الذرية وجهة بر معًا.

جاء في المغني : وإن وقف داره على جهتين مختلفتين، مثل : أنْ يقفها على أولاده، وعلى المساكين : نصفين أو أثلاثًا أو كيفما شاء جاز، وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم[4]. وقال البهوتي : وإنْ قال وقفته، أي العبد أو الدار أو الكتاب ونحوه على أولادي وعلى المساكين فهو بين الجهتين نصفان، يصرف لأولاده النصف والمساكين النصف لاقتضاء التسوية[5]، وجاء في المادة (٧٦٦) منْ مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية : (يصحّ وقف داره على جهتين مختلفتين كأولاده والمساكين) [6]، وهو ما يفهمه القارئ ضمنًا من كلام الفقهاء عن الوقف في أبواب البر، والوقف على الذرية والعقب دون التّصريح بالشراكة[7].

---

(١)الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مصدر سابق، ج٨ ص١٦١.

(٢)لجنة من العلماء، نشر ١٣٤٦ه، **حكم الشريعة الإسلامية في الوقف الخيري والأهلي**، ص ٥ المطبعة السلفية ومكتبتها

(٣)خالد محمد عبد الرحيم، **أحكام الوقف على الذرية في الشريعة الإسلامية**، نشر ١٤١٦ه-١٩٩٦م، دراسة مقارنة مع التطبيق القضائي في المملكة العربية السعودية مكة المكرمة ج١ ص٢٣٢، مطابع الصفا مكة المكرمة.

(٤)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٣٣.

(٥)البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٥٨.

(٦)القاري، **مجلة الأحكام الشرعية** ، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

(٧)الطرابلسي، **الإسعاف في أحكام الأوقاف**، ص١٣٩-١٤٠.

وقد نصّت بعض القوانين المدنية المعاصرة المنظمة للأوقاف في بعض الدول الإسلامية، على الوقف المشترك مثل القانون المدني السوداني في مادته (٩٠٧)، والقانون المدنـي الأردنـي في المادة (٣/ ١٢٣٤) : " ويكون مشتركاً إذا خصصت الغلّة إلى ذرية وجهة برّ معاً ".

إنّما في جميع الأحوال يجب أنْ ينتهي الوقف إلى جهة برّ لا تنقطع، لذا جاء في المادة (١٢٣٥) من القانون المدني الأردني : " يجب في جميع الأحوال أنْ ينتهي الوقف إلى جهة برّ لا تنقطع " وذلك تحقيقاً للغرض من الوقف وهو أن تخصص منافعه إلى جهات البرّ التي لا تنقطع. وقد سبق أنْ ذكرنا آراء الفقهاء في هذه المسألة من خلال الحديث عن الشرط الثاني من شروط الموقوف عليه.

رابعاً : الوقف باعتبار الإرادة[1] :

١- **الأوقاف المضبوطة** : والتي يعود أمر توليها إلى مديريات الأوقاف وهي مرتبطة بها رأساً منذ تأسيسها، ومنها أكثر أوقاف السلاطين، أو أنه كانت التولية للذرية فانقرضت وعاد أمر أدارتها إلى مديريات الأوقاف.

٢- **الأوقاف المستثناة** : وهي الأوقاف المستقلة تماماً عن نظارة الأوقاف، كذلك أسسها الفاتحون أو أي فرد في المجتمع، يديرها متولوها تحت إشراف المحاكم الشرعية، وكانت تعرف بهذا الاسم بسبب استثنائها من الضرائب، ومن أشهرها أوقاف الحرمين ووقف سكة حديد الحجاز.

٣- **الأوقاف الذرية** : وهي الأوقاف التي أوقفها أصحابها على ذريتهم، بحيث تستفيد الذرية من ربع الوقف وليس لهم حقّ التصرف في رقبته.

أمّا في القانون المدني الأردني[2] فقد جمع ما ذكر في المادة (١٢٤٧) فيما نصّه : " مع مراعاة شروط الواقف تتولى وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الإشراف على الوقف الخيري وتتولى إدارته واستغلاله وإنفاق غلته على الجهات التي حددها الواقف"

---

(١)منصور، سليم هاني، نشر ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، **الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر**، ط١ ص٣٦، مؤسسة الرسالة.

(٢)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

شروط الصيغة:

١)أن تكون صيغة الوقف منجزة : أي لا تقترن بتعليق أو إضافة إلى مستقبل[١]، إذْ لا بد أنْ تدلّ على إنشاء الوقف وقت صدوره، كقوله : وقفت أرضي على الفقراء والمساكين. والصيغ المقترنة بالتعليقات تبطل عقود التمليكات كالهبة والصدقة والعارية. كقوله : إذا اشتريت هذه الأرض فهي وقف للفقراء، والصيغة المضافة إلى زمن قادم، وهي التي تدلّ على إنشاء الوقف في الحال، ولكن تؤخر إلى زمن مستقبل، مثل جعلت داري هذه وقفاً في أول السنة القادمة. وعند **الحنفية**[٢] فيه تفصيل : إنْ كان الزمن المضاف إليه الوقف هو ما بعد الموت، فالوقف باطل، لأنّ الوصية اللازمة بالوقف من الثلث بالموت لا قبله، وإنْ كان الزمن غير زمن الموت مثل أول السنة، فالأصحّ عند الحنفية أنّ الوقف يصح، فكما تصح الإجارة المضافة للمستقبل فكذلك الوقف لأنّه تمليك منفعة... ولا يجوز عند الجمهور تعليق الوقف على شرط في الحياة. أمّا **المالكية**[٣] فقالوا لا يشترط في الوقف التنجيز، فيجوز مع التعليق، كأنْ يقول هذه داري وقف على كذا بعد شهر أو سنة أو يقول إن ملكت دار فلان فهي وقف.

٢)أنْ لا يكون تعليق الوقف بشرط الخيار أو بخيار الشرط، معلوماً أو مجهولاً : بأنْ يقف شيئاً ويشرط لنفسه أو لغيره الرجوع فيه متى شاء عند **الجمهور** عدا **المالكية**[٤].. لكن **الحنفية**[٥] استثنوا وقف المسجد، فلو اتخذ الوقف على أنّه بالخيار جاز ذلك إنما الشرط باطل.

٣)أنْ لا تقترن الصيغة بشرط يناقض مقتضى الوقف : كأنْ يشترط إبقاء الموقوف على ملكه فهذا باطل لمنافاته حقيقة الوقف، وكذلك لو شرط رجوعه في الوقف متى

---

(١)الزرقا، **أحكام الوقف**، مصدر سابق، ص٣٤.
(٢)الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩٤
(٣)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٨٧.
(٤)الدردير، المصدر السابق، ج٤ ص٨٩.
(٥)الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩٨

شاء عند الحنفية[1]. وقد جاء في المادة (٦) من القانون المصري[2]: " إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط "، والشرط غير الصحيح يشمل الشرط الفاسد والباطل وهذا رأي الصاحبين في الشرط الفاسد، ورأي أبو يوسف في الشرط الباطل.

وفي المادة (١٢٤٠) : " كل شرط مخالف لحكم الشرع أو يوجب تعطيلاً لمصلحة الوقف أو تفويتا لمصلحة الموقوف عليهم فهو غير معتبر "

٤)أن تفيد الصيغة تأبيد الوقف لمنْ لا يقول بصحة تأقيته : فلا يصح ما يدل على التّأقيت بمدة عند الجمهور سوى المالكية، لأنّه إخراج مال على وجه القربة فلم يجز بمدة فلا بد بما يدل على التأبيد ولا يشترط التلفظ به. لذا شرط الحنفية أنْ يكون الموقوف عقاراً لأنه ينتفع به على وجه التأبيد ولم يجيزوا وقف المنقول إلاّ إن يكون تبعاً للعقار أو ورد به النص أو جرى بوقفه العرف وأنْ يكون آخر مصرفه جهة برّ لا تنقطع.

وقد وافق القانون المدني الأردني[3] قول الجمهور في المادة (١٢٣٥) منه : " يجب في جميع الأحوال أن ينتهي الوقف إلى جهة برّ لا تنقطع " تحقيقاً لمعنى الوقف من فعل برّ وخير مؤبّد في الأجر والفعل.

انعقاد الوقف بالفعل دون القول:

من المناسب في هذا المقام أنْ نذكّر بأقوال أهل العلم في هذه المسألة نظراً لوقوعها في الحياة العملية وخاصة فيما يتعلق بوقف أماكن العبادة بالمعاطاة دون الصيغة. ويمكن أنْ نصنّف أقوال أهل العلم من حيث الإجمال إلى رأيين :

أوّلهما : لجمهور الفقهاء من **الحنفية والمالكية والحنابلة** الذين يقولون بالجواز.

وثانيهما : **للشافعية** الّذين يقولون بعدم صحة هذا الوقف.

---

(١)الحصكفي، المصدر السابق، ج٣ ص٣٩٦.

(٢)القانون المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦.

(٣)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

وتفصيل مذاهبهم كما يلي :

الأول : الحنفية : يجوزون وقف المسجد بالفعل لأن العرف يقتضي الإذن بالصلاة فيه، فيكون ذلك في حكم التعبير. أمّا الفقراء فإنّه لم يجر العرف فيه عادة بالتخلية والاستغلال[(١)].

الثاني : المالكية :

الّذي يبدو من عبارات المالكية أنّهم يجيزون الوقف بالفعل وأنّه يقوم مقام القول مسجدا كان أو غيره. ويشترطون في المسجد أنْ يخلي بينه وبين الناس وأنْ لا يخص قوما دون آخرين[(٢)]. يقول الدردير : " وناب عنها، أي عن الصيغة التخلية بين الناس كالمسجد من رباط مدرسة ومكتب وإنْ لم يتلفظ بها "[(٣)] ، وعلّق الصّاوي بقوله : " (وإنْ لم يتلفظ بها) أي كما لو بنى مسجداً وخلّى بينه وبين الناس ولم يخصّ قوماً دون قوم لا فرضاً دون نفل "[(٤)].

الثالث : الشافعية :

فلا يصح الوقف عندهم إلاّ بصيغة دالّة على الوقف، لأنّه تمليك للعين والمنفعة فأشبه سائر التمليكات، كما أنّ العتق مع قوّته لا يصح إلا باللفظ. إلاّ أنْ يبني مسجداً في موات وينويه مسجداً فإنه يصح الوقف لأنّ الموات لم يدخل في ملك من أحياه، وإنّما نحتاج للفظ لإخراج ما كان ملكه عنه[(٥)].

الرابع : الحنابلة : يرى الحنابلة أنّه يصح الوقف بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس للصلاة فيه، أو مقبرة ويأذن لهم بالدفن فيها على ظاهر

---

(١)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٦٨
الطرابلسي، **الإسعاف**، مصدر سابق، ص٥٩.
الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩٤
(٢)الخرشي، أبو عبد الله محمد، **شرح مختصر خليل**، ج٥ ص٨٨، مطبعة محمد أفندي مصطفى مصر.
(٣)الصاوي، **حاشية الصاوي**، مصدر سابق، ج٥ ص٣٨٣.
(٤)الصاوي، أحمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، نشر ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، تحقيق ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، ج٤ ص ١٤ دار الكتب العلمية - بيروت
(٥)النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٥ ص٣٢٢.
الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٦٨.

الرواية. وعن الإمام أحمد رواية أخرى بأنّه لا يصح ولا ينعقد إلاّ بالقول الدال على الوقف[1].

يلتزم القانون المدني الأردني فيما سبق في فحوى نصّ المادة (١-٢/ ١٢٤١) : " شرط الواقف كنصّ الشارع في الفهم والدلالة . للمحكمة عند الاقتضاء تفسير شروط الواقف بما يتّفق مع مدلولها"

وكذلك ما جاء في المادة (١٢٤٤) : " تسري على شروط صحة الوقف وشروط الواقف وقواعد الاستحقاق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بالوقف"

---

(١)ابن قدامة، **المقنع**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٨

ابن تيمية، مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر، نشر ١٩٩٩، **المحرر في الفقه**، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل و أحمد محمود جعفر صالح، ج١ ص٣٧٠، دار الكتب العلمية بيروت.

المطلب السابع

ناظر الوقف

يصحّ بالاتفاق[1] للواقف جعل الولاية لنفسه أو للموقوف عليه أو لغيرهما. إمّا بالتعيين كفلان، أو بالوصف كالأعلم أو الأكبر أو الأكثر رشداً، أو من هو بصفة كذا، فمن وُجد فيه الشرط ثبت له النظر عملاً بالشرط، وفي وقف علي ﷺ لابنه الحسن ثم لابنه الحسين ﷺ.

ويتبع شرط الواقف في تعيين الناظر، فإنْ لم يشرط النظر لأحد فالنظر للقاضي عند الشافعية والمالكية، لأنّ له النظر العام فكان أولى بالنظر فيه، ولأنّ الملك لله تعالى عند الجمهور سوى المالكية.

وفي ظاهر مذهب الحنفية الولاية لنفس الواقف، شرطهما لنفسه أو لم يشرطهما لأحد ثم لوصيه إنْ كان وإلاّ للحاكم.

---

(١)الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٧٩.
الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج٦ ص٢١٨.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٣.
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٨٨.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٦٨.

الفصل الثاني

التصرفات الانفرادية

التي تنشئ الالتزام

أولاً :

الوعد بالبيع والوعد بالشراء

العقود المتنوعة صور معروفة وشائعة بين الناس، ويتوّلد عن هذه العقـود التزامـات لا بدّ من الوفاء بها، ومعلوم أنّه من المظاهر المجتمعية أنّ هنـاك التزامـات وجـب علـى الأفراد فيها الوفاء بالوعود والعهود المختلفة.

والوعد يحقق معروفاً لشـخصٍ لآخـر، فـإذا كـان أمـراً مشـروعاً لإصـلاح المجتمـع والفرد، فلا شكّ أنْ يكون لوفائه وإنجازه أثر بليغ في العلاقـات الاجتماعيـة إيجابيًـا أو سلبياً، وهي غالباً ما تنشأ عنها التزامات مالية لا بد من البحث فيها وبيانها.

وقد يُلزم الإنسانُ نفسَه بالتزامات يتطلّب منه الوفاء فيهـا في المسـتقبل أو الحاضـر، وهذا الإلزام وعدٌ منه وقد اختلف فيه الفقهاء.

المطلب الأول

مفهوم الوعد

أولاً :الوعد في اللغة : وَعَدَهُ أعِدُهُ وَعْدًا يُسْتَعْمَلُ في الخَيْرِ والشَّرِّ وَيُعدَّى بِنَفْسه وبالباءِ فيقال وعَدَهُ الْخَيرَ وبالخيرِ وشرًّا وبالشَّرِّ، قيل في الخَيْرِ وَعَدَ، بلا ألف، وفي الشَّرِّ أَوْعَدَ ، يُقال وَعَد يَعِدُ بالكسر وَعْداً، تواعدوا وعد بعضهم بعضاً، منها قولُهُ تعالى :﴿ ٱلشَّيۡطَٰنُ يَعِدُكُمُ ٱلۡفَقۡرَ وَيَأۡمُرُكُم بِٱلۡفَحۡشَآءِۖ وَٱللَّهُ يَعِدُكُم مَّغۡفِرَةٗ مِّنۡهُ وَفَضۡلٗاۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٞ ﴿٢٦٨﴾ ﴾(سورة البقرة: الآية ٢٦٨). وقال تعالى : ﴿... ٱلنَّارُ وَعَدَهَا ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْۖ وَبِئۡسَ ٱلۡمَصِيرُ ﴿٧٢﴾ ﴾(سورة الحج: الآية ٧٢). ومنها : التّواعد الوارد في قوله تعالى ﴿...وَلَوۡ تَوَاعَدتُّمۡ لَٱخۡتَلَفۡتُمۡ فِي ٱلۡمِيعَٰدِ... ﴿٤٢﴾ ﴾ (سورة الأنفال: الآية ٤٢). ومنها الموعدة الواردة في قوله تعالى : ﴿وَمَا كَانَ ٱسۡتِغۡفَارُ إِبۡرَٰهِيمَ لِأَبِيهِ إِلَّا عَن مَّوۡعِدَةٖ وَعَدَهَآ إِيَّاهُ...﴾ (سورة التوبة: الآية ١١٤).

ومنها : العدّة التي في الحديث المتفق عليه عن جابر بن عبد الله في ما شأن وعده النبي ﷺ ووفّى له أبو بكر بعد وفاة النبي ﷺ حيث أنّ أبا بكر أمر مناديًا، فنادى منْ كان له عند رسول الله ﷺ عدة أو دين فليأتنا... [1].

ومنها : الإيعاد الوارد في الحديث قال ﷺ : (إن للشيطان لّمة بابن آدم وللملك لّمة، فأمّا لّمة الشيطان فإيعاد بالشّر وتكذيب بالحق، وأمّا لّمة الملك فإيعاد بالخير وتصديق بالحق) [2]

---

(١)البخاري، **الصحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم (٢١٧٤)، ج٢ ص ٨٠٣.
مسلم، **الصحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم(٢٣١٤)، ج٤ ص١٨٠٧.
ابن حنبل، **المسند**، مصدر سابق، رقم (١٤٣٦٧)، ج٣ ص٣١٠،
(٢)ابن حبان، **صحيح ابن حبان**، مصدر سابق، رقم (٩٩٧)، ج٣ ص٢٧٨.
النسائي، **السنن الكبرى**، مصدر سابق، رقم(١١٠٥١)، ج٦ ص ٣٠٥
الترمذي، **سنن الترمذي**، مصدر سابق، رقم(٢٩٨٨)، ج٥ ص٢٢٠ عن ابن مسعود رضي الله عنه.

والعدة ليس فيها إلزام الشخص نفسه شيئا الآن، وإنّما هي كما قال ابن عرفة : إخبار عن إنشاء المخبر معروفا في المستقبل.

والفرق بين ما يدل على الالتزام، وما يدل على العدة : هو ما يُفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال. والظّاهر من صيغة المضارع : الوعد، مثل : أنا أفعل، إلاّ أنْ تدل قرينة على الالتزام كما يفهم من كلام ابن رشد. وذلك مثل ما لو سألك مَدين أن تؤخّره إلى أجل كذا، فقلت : أنا أؤخّرك، فهو عدة، ولو قلت : قد أخرتك، فهو التزام [(١)].

ثانياً : الوعد في الاصطلاح الفقهي :

الوعد عند الفقهاء كما عرّفه ابن عرفة في الحدود بقوله : العدّة إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل[(٢)].

وهو كما في عمدة القاري : هو الإخبار بإيصال الخير في المستقبل، والإخلاف جعل الوعد خلافاً، وقيل عدم الوفاء به[(٣)].

وعلى هذا ، فقد يكون الوعد بمعروف ، كقرض حسن أو تمليك عين أو منفعة مجاناً للموعود ، وقد يكون بصلة أو برّ أو مؤانسة كعيادة مريض وزيارة صديق وصلة رحم ومرافقة في سفر ومجاورة في سكن ، وقد يكون بنكاح كما في خِطبة النساء ، وقد يكون بمعصية كما إذا وعد شخصاً بمعونة على شرب خمر أو فعل فاحشة أو إتلاف مال ظلما وعدوانا ونحو ذلك.

ثالثاً : الوعد في القانون :

القانون المدني الأردني[(٤)] عرّف الوعد في المادة (٢٥٤) : " الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلزام ".

---

(١)عليش، **فتح العلي المالك**، مصدر سابق، ج٢ ص١٣٦.

(٢)الرّصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري (المتوفى ٨٩٤هـ)، **شرح حدود ابن عرفة**، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، ١٩٩٣م، ص٥٦٠، ط١، دار الغرب الإسلامي-بيروت.

(٣)العيني، **عمدة القاري**، مصدر سابق، ج١١ ص١٧٤.

(٤)**القانون المدني الأردني** رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦.

وأضافت المادة نفسها من الفقرة الأولى : " وقد يقع على عقد أو عمل " وفي الفقرة الثانية من نفس المادة : " ويلزم الوعد صاحبه ما لم يمت أو يفلس ".

نُلاحظ من خلال التعريفات السابقة أنّ تعريف ابن عرفة والعيني للوعد يختلف عن تعريف القانون المدني، فالقانون المدني يحاول أنْ يتقارب مع فكرة الوعد في الفقه الوضعي، وفكرة الوعد في هذه القوانين تختلف تماماً عن مفهوم الوعد في الفقه الإسلامي، ففكرة الوعد في هذه القوانين الوضعية هي جوهر الالتزام الانفرادي، فهم أطلقوا على هذه النظرية اسم نظرية الوعد.

المطلب الثاني

مشروعية الوعد

أصل مشروعية الوعد أنّه مباح فلكل شخص أنْ يعِدَ بالمعروف والخير منْ يشاء من النّاس لكن الذي ينبغي الإشارة إليه هو أن يتحفّظ الشخص في إطلاق الوعود للناس، لأنّ الوفاء بالوعد أمر مستقبل والشخص لا يملك معرفة أحواله المستقبلية.

أولاً : القرآن الكريم :

قال تعالى: ﴿...وَمَا تَدْرِى نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا... ﴿٣٤﴾﴾ (سورة لقمان:الآية ٣٤). إذ قد يكون الواعد عاجزا عن الوفاء فيكون مخلفا للوعد فيوصم بخصلة من خصال النفاق، لذلك فإن الإمام الغزالي رحمه الله قد اعتبر وعد الكاذب آفة إذ يقول: إن اللسان سباق إلى الوعد ثم النفس ربما لا تسمح بالوفاء فيصير الوعد خلفا، وذلك من أمارات النفاق[1].

هذا فضلا عما يثيره إخلاف الوعد من العداوة بين الوعد والموعود له، ومع أن الإباحة هي الأصل في الوعد لكنه قد يكون محرمًا إذا كان الموعود به محرمًا كالوعد بخمر أو زنا، فإن هذا وعد محرم يحرم الوفاء به .

وقد جاءت لفظة الوعد في القرآن الكريم في مجموعة كثيرة من آياته يدل بعضها على أن الوفاء بالوعد متعين وأنه من شيم الصادقين، وأن إخلاف الوفاء به موجب للذم والعقوبة. قال تعالى: ﴿ كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٣﴾ ﴾ (سورة الصف: ٣)، وقال تعالى: ﴿ وَمِنْهُم مَّنْ عَٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿٧٥﴾ فَلَمَّآ ءَاتَىٰهُم مِّن فَضْلِهِۦ بَخِلُواْ بِهِۦ وَتَوَلَّواْ وَّهُم مُّعْرِضُونَ ﴿٧٦﴾ فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِى قُلُوبِهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ يَلْقَوْنَهُۥ بِمَآ

(١)الغزالي، **إحياء علوم الدين**، مصدر سابق، ج٣ ص١٣٢.

أَخۡلَفُواْ ٱللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُواْ يَكۡذِبُونَ ﴿٧٧﴾ ﴾ (سورة التوبة: الآية ٧٥-٧٧)، وقال تعالى في مدح إسماعيل عليه الصلاة والسلام والثناء عليه: ﴿ وَٱذۡكُرۡ فِي ٱلۡكِتَٰبِ إِسۡمَٰعِيلَۚ إِنَّهُۥ كَانَ صَادِقَ ٱلۡوَعۡدِ وَكَانَ رَسُولاً نَّبِيًّا ﴿٥٤﴾ ﴾ (سورة مريم: الآية ٥٤). وقد استغفر إبراهيم عليه السلام لأبيه وأبوه كافر معاند تحرجاً من إخلاف وعده حيث وعده بالاستغفار له حتى تبيّن له أنه عدوٌّ لله فتبرأ منه ﴿ وَمَا كَانَ ٱسۡتِغۡفَارُ إِبۡرَٰهِيمَ لِأَبِيهِ إِلَّا عَن مَّوۡعِدَةٖ وَعَدَهَآ إِيَّاهُ فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُۥٓ أَنَّهُۥ عَدُوٌّ لِّلَّهِ تَبَرَّأَ مِنۡهُۚ إِنَّ إِبۡرَٰهِيمَ لَأَوَّٰهٌ حَلِيمٌ ﴿١١٤﴾ ﴾ (سورة التوبة: الآية ١١٤).

ثانياً : السنّة النبويّة :

جاءت سنة رسول الله ﷺ مؤكدة القول بذمّ مخلف الوعد ودالّة على وجوب الوفاء بالوعد واستحقاق مخلف الوعد العقوبة.

١ - ففي صحيح البخاري عن أبي هريرة ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال : (آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب، وإذا اؤتمن خان، وإذا وعدَ أخلف) [1].

قال الشيخ الشنقيطي رحمه الله في تفسيره في توجيه الاستدلال ما نصّه : فكون إخلاف الوعد من علامات المنافق يدلّ على أنّ المسلم لا يجوز له أن يتّسم بسمات المنافقين [2].

٢ - وفيه عن جابر بن عبد الله ﷺ قال : (لما مات رسول الله ﷺ جاء أبا بكر مالٌ من قِبل العلاء بن الحضرمي، فقال أبو بكر : منْ كانَ له على النبي ﷺ دَين أو كانت قبله عدة

(١)البخاري، **صحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم(٣٣) ج١ ص١٥، كتاب بدء الوحي باب الإيمان.
مسلم، **صحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم(٢٢٠) ج١ ص٥٦، باب بيان خصال المنافق.
(٢)ابن حجر، **فتح الباري على صحيح البخاري**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٨٩-٢٩٠. الشنقيطي، الجكني، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر (المتوفى ١٣٩٣ه)،نشر ١٤١٥ه-١٩٩٥م، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، ج٤ ص٣٢٧، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت.

فليأتنا. قال جابر : فقلت وعدني رسول الله ﷺ أنْ يعطيني هكذا وهكذا وهكذا فبسط يديه ثلاث مرات قال جابر : فعدّ في يديّ خمسمائة ثم خمسمائة ثم خمسمائة) [١].

ففي هذا الحديث دليل على وجوب الوفاء بالوعد، لأنّ المال ليس لأبي بكر وإنّما هو من بيت مال المسلمين فدلّ ذلك على أنّ هذه العدّة دَين على رسول الله ﷺ. قال الشنقيطي في توجيه الاستدلال : فجعل العدة كالدّين وأنجز لجابر ما وعده به النبي ﷺ من المال فدل ذلك على الوجوب[٢].

وفي حديث أبي هريرة دليل على وجوب الوفاء بالوعد وأنّ خلفه من علامات النفاق وصفات المنافقين الموجبة بمجموعها لعقابهم في الدنيا وفي الآخرة.

٣ - وفي البخاري أنّ سعيد بن جُبير قال : سألني يهوديّ منْ أهل الحيرة أي الأجلين قضى موسى ؟ قلت : لا أدري حتّى أقدم على حبر العرب فأسأله فقدمت فسألتُ ابنَ عباس فقال: قضى أكثرهَما وأطيبَهُما، إنّ رسول الله ﷺ إذا قال فعل. قال ابن حجر في الفتح : والغرض من ذكر هذا الحديث في هذا الباب بيان توكيد الوفاء بالوعد لأنّ موسى عليه السلام لم يجزم بوفاء العشر ومع ذلك فوفّاها فكيف لو جزم [٣].

وقال الشنقيطي في توجيه الاستدلال بحديث ابن عباس : ووجه الدلالة منه أنّه قضى أطيبهما وأكثرهما إن رسول الله ﷺ إذا قال فعل فعلى المؤمنين الاقتداء بالرسل وأن يفعلوا إذا قالوا إلى أن قال ومن أقوى الأدلة في الوفاء بالعهد قوله تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝٣﴾ (سورة الصف: الآية ٣) لأنّ المقت الكبير من الله على عدم الوفاء بالقول يدل على التحريم الشديد في عدم الوفاء به[٤]

(١)البخاري، **صحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم (٢٦٨٣)، ج٣ ص٢٣٦.
مسلم، **صحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم (٢٣١٤)، ج٤ ص١٨٠٦، كتاب الفضائل.
(٢)الشنقيطي، **أضواء البيان**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٤٠.
(٣)ابن حجر، **فتح الباري**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٩١.
(٤)الشنقيطي، **أضواء البيان**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٤١.
ابن حجر، **فتح الباري**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٩٠ ــ ٢٩١.

المطلب الثالث

التصرفات التي يتناولها الوعد

التصرفات التي يدخلها الوعد ويندب الوفاء بها أو يجب الوفاء بها على الخلاف الذي سنبيّنه، إنّما هي التصرفات التي تنضوي تحت تصرفات التبرعات كالقرض والإعارة والهبة والصدقة وما شابهها.

أمّا التصرفات التي هي من المعاوضات المالية كالبيع والإجارة ويلحق بها النكاح فإن الوعد بها لا يَلْزَمُ ولا يُلْزِمُ الوفاء بها، ومدلول الالتزام لغة : إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له وهو بهذا المعنى شامل للبيع والإجارة والنّكاح وسائر العقود، وأمّا في عرف الفقهاء : فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلّقاً على شيء فهو بمعنى العطيّة، وقد يُطلق في العرف على ما هو أخصّ من ذلك وهو : إلزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عُرف النّاس اليوم[١]، ولا شك أنّ الوعد عند المالكية التزام بمعروف. وحين يذكر المالكية المعروفَ إنّما يقصدون به عقود التبرعات وقد قال مالك رحمه الله : مَنْ ألزم نفسَه معروفاً لَزِمَه[٢]، لذلك فإن البّيع والإجارة والنّكاح لا تدخل في دائرة التّبرعات وإنّما الواعد بها يأخذ عوضاً عمّا يعد به فهي من المعاوضات.

كما أنّ المادة (١٧١) من مجلة الأحكام العدلية نصّت على ما يلي: " صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل : سأبيعُ وأشتري، لا ينعقد بها البيع"[٣] وإنما لا ينعقد البيع ؛ لأن الوعد المجرد هو في معنى مساومة في البيع.فالبيع وأمثاله من المعاوضات المالية تستدعي جزم الإرادتين في مجلس التعاقد، فلا بدّ أنْ تكون صيغة الإيجاب والقبول مفيدة للبتّ في العقد بصورة لا تردّد معها ولا تسويف، وإلاّ كانت نية الارتباط منتفية، لأنّ التردد في حكم الرفض، ومن الواضح أنّه إذا انتفت دلالة الصيغة على وقوع الارتباط والتعاقد فلا عقد ولا التزام وبناءً على هذا فقد قرر الفقهاء أنْ الوعد بالبيع ينعقد به البيع ولا يلزم صاحبه قضاء[٤].

---

(١)عليش، **فتح العلي المالك**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٤.

(٢)عليش، المصدر السابق، ج٢ ص٤٠.

(٣)حيدر، علي، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، مصدر سابق، ج١ ص١٢٠.

(٤)الزرقا، **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، مصدر سابق، ج١ ص٦٠١

المطلب الرابع

مدى وجوب الوفاء بالوعد

ذكرتُ فيما سبق أنّ حقيقة الوعد أنّ الشخص ألزمَ نفسَه معروفاً أو خيراً لشخصٍ آخرَ وهذا المعروف قد يكون قرضاً أو صدقة أو إعارة أو وجهاً من أوجه المعروف الأخرى.

وهذا الالتزام المتولد عن الوعد ينبغي الوفاء به ديانة ومروءة وتمشيًا مع مكارم الأخلاق التي حثت عليها الشريعة الإسلامية، لكن قوة هذا الالتزام اختلف فيها العلماء، وهل ذلك واجب أم مستحب ؟ فيه خلاف بينهم.

وهذا الخلاف في قوة الوعد الملزمة، وللفقهاء في وجوب الوفاء بالوعد ثلاثة مذاهب :

القول الأول : استحباب الوفاء بالوعد لا وجوبه. وهو قول الجمهور **أبو حنيفة والشافعي وأحمد والظاهرية وبعض المالكية** إلى أنّ الوفاء بالوعد مستحبٌّ مندوبٌ إليه وليس واجباً، فلا يَقضى به على الواعد، لكنّ الواعد إذا ترك الوفاء فقد فاته الفضل وارتكب المكروه كراهة تنزيهية شديدة ولكن لا يأثم(1).

ودليل الاستحباب ما روي من طريق زيد ابن الأرقم عنه ﷺ أنّه قال : (إذا وعد الرجل أخاه ومن نيّته أنْ يفي فلم يفِ ولم يجيء للميعاد فلا إثم عليه) (2).

---

(١)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢١ ص٥٢. الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٥ ص٢.
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٦. عليش، فتح القدير، مصدر سابق، ج١ ص٢٥٥
النووي، **المجموع** شرح المهذب، مصدر سابق، ج٤ ص٦٥٣.
ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٨.

(٢)ابو داود، **سنن أبي داود**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٦٨، وقال عنه حديث غريب وليس إسناده بالقوي فيه علي بن عبد وأبو النعمان مجهول وأبو وقاص مجهول.
المباركفوري، أبو العلي محمد بن عبد الرحمن، **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، نشر١٩٨٦م، ج٧ ص٣٨٤، ط٢، نشر المكتبة السلفية. قال عنه الترمذي غريب وليس إسناده قوي.
المتقي، علاء الدين بن حسام الهندي (المتوفى ٩٧٥هـ)، **كنز العمال في سنن الأفعال والأقوال**، ج٣ ص٣٤٧، مؤسسة الرسالة. ونسبه إلى البيهقي أبي بكر في كتابه السنن الكبرى، ١٣٥٥هـ، ج١٠ ص١٩٨ ط١، دار المعرفة بيروت.

وما رواه الإمام مالك في الموطأ عن صفوان بن سليم أنّ رجلاً جاء إلى الرسول ﷺ فقال : أأكذبُ امرأتي يا رسول الله ؟. فقال ﷺ : (لا خير في الكذب). قال الرجل: يا رسول الله أعدُها فأقول لها، فقال ﷺ : (لا جناح عليك)[١]. فهذا الحديث يدلّ على أنّ إخلاف الوعد لا يسمى كذباً فهو ليس قسيم الكذب، وأنّ إخلاف الوعد لا حرج فيه وأنّه مباح وأنّ الكذب ليس بمباح[٢].وأجمع الفقهاء على أنّ الموعود لا يضارب بما وعد به مع الغرماء، أي أنّ الشخص إذا وعد بعطية أو هبة ومات الواهب وكان مديناً أو مفلساً، فإنّ الموعود لا يأخذها مع الغرماء فيما تبقى من ماله [٣].

القول الثاني : وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً عند **بعض المالكية**. فقد ذهب ابن شبرمة رحمه الله إلى أنّ الوعد يلزم مطلقاً ويجب الوفاء به ويقضي القاضي به على الواعد إلاّ من عذر يمنع الوفاء [٤].

ووجوب الوفاء بالوعد مطلقاً مذهب بعض المالكية وإنْ وصفوه بأنّه مذهب ضعيف[٥] وذهب إلى وجوب الوفاء بالوعد أبو بكر بن العربي المالكي[٦] وكذلك صححه ابن الشاط في حاشيته على الفروق[٧].

---

(١)الزرقاني، الإمام سيدي محمد، **شرح الزرقاني على الموطأ**، نشر ١٩٨١م، ج٤ ص٤٠٨، دار الفكر بيروت.

(٢)القرافي، الصنهاجي، محمد بن علي بن حسين المكي أبو العباس أحمد بن أدريس (المتوفى٦٨٤ه)، نشر ١٤١٨ه-١٩٩٨م، **الفروق** المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق ومعه: إدرار الشروق على أنواء الفروق، لابن الشاط وبالحاشية: تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ـ تحقيق خليل المنصور ط١، ج٤ ص٢٤، دار الكتب العلمية.

(٣)الكاندهلوي، محمد زطريا، **أوجز المسالك إلى موطأ مالك**، نشر ١٩٧٤م، ج٨ ص٤٢٦، ط٣، دار الفكر.
ابن حجر، **فتح الباري**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٢٢.

(٤)ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٨.

(٥)عليش، **فتح العلي المالك**، مصدر سابق، ج٢ ص١٣٦

(٦)القرطبي، الخزرجي الأنصاري أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح (المتوفى ٦٧١ه)، نشر ١٤٣٢ه-٢٠٠٣م، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق سمير البخاري، ج١٨ص٨١، دار عالم الكتب – الرياض..

(٧)القرافي، **الفروق**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٤.

وذكر ابن رجب الحنبلي أنّ عليه **طائفة من أهل الظاهر**[(١)] وقال **الإمام الغزالي** : إذا فهم الجزم في الوعد فلا بُدّ من الوفاء إلاّ أنْ يتعذّر[(٢)]وقد يفهم الجزم في الوعد إذا اقترب به حلف أو إقامة شهود على الواعد أو قرائن أخرى.وقد استدلّوا بقوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٢ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٣ ﴾ (سورة الصف: الآية ٢-٣).. يقول القرطبي : " هذه الآية توجب على كل من ألزم نفسه شيئاً فيه طاعة أن يفي به، وهذا شيء ثابت في الدين، فمنْ ألزم نفسه شيئاً لزم عليه شرعاً، والملتزم على نوعين : إمّا نذرٌ وإمّا وعد. ورأي القرطبيّ في الوعد أنّه يلزم إذا علّق على سبب وأشهد على ذلك "[(٣)]

ويقول ابن كثير : "إنكار على منْ وعد وعداً ولم يفِ به، وبهذه الآية احتجّ من السلف من قال بوجوب الوفاء بالوعد مطلقاً "[(٤)]. ووجه الدلالة من هذه الآية عند القائلين بوجوب الوفاء بالوعد أنّ الواعد إذا وعد وأخلف، كان قد قالَ ولم يفعل فيكون داخلاً في استنكار الآية، فيلزم أنْ يكون وعده كذباً، والكذب محرّم فإخلاف الوعد يكون محرّماً[(٥)].ومن السُنّة ما رُوي عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ أنّه قال : (آيات المنافق ثلاث، إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان)[(٦)]. وجه الدلالة أنّه ﷺ عدّد من خصال المنافقين إخلاف الوعد، والنفاق محرّم فكان إخلاف الوعد محرماً، فالوفاء بالوعد واجب[(٧)].

(١)الحنبلي، ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد، نشر ١٤٠٨ه، **جامع العلوم والحكم**، ط١، ص٤٣٢ دار المعرفة بيروت.
(٢)الغزالي، **إحياء علوم الدين**، مصدر سابق، ج٣ ص١٣٣.
(٣)القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، مصدر سابق، ج٨ ص٧٩-٨١.
(٤)ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ج٤ ص٣٦٢.
(٥)القرافي، **الفروق**، مصدر سابق، ج٤ ص٥١.
(٦)ابن حجر، **فتح الباري**، مصدر سابق، ج١ ص٧٤.
(٧)القرافي، **الفروق**، مصدر سابق، ج٤ ص٥٢.

القول الثالث : التفصيل في وجوب الوفاء بالوعد : فذهب **بعض فقهاء المذهب المالكي** إلى التفصيل فيما يجب الوفاء به من الوعود وما لا يجب وكانوا في ذلك فريقين :

الفريق الأول : ويمثّله مشهور مذهب مالك وابن القاسم وسحنون وعليه المدونة، ومفاد رأيهم : أنّ الوعد يكون لازماً يجب الوفاء به ويقضي القاضي به على الواعد إذا كان الوعد قد تمّ على سبب، ودخل الموعود له بسبب الوعد في شيء[1].

وبمعنى أوضح أنّ الوعد لو تمّ وكان له سبب، ثم باشر الموعود ذلك السبب معتمداً على وعد الواعد، فإنّ على الواعد وجوب الوفاء ويقضي عليه به، مثال ذلك : أنْ يقول الرجل للرجل : اهدمْ دارك وأنا أسلفك، أو اخرجْ إلى الحجّ وأنا أسلفك، ثم باشر الموعود شيئاً من هذه التصرفات لزم الواعد الوفاء.

الفريق الثاني : ويمثّله مذهب أصبغ، وقالوا عنه بأنّه مذهب قوي، ومفادُه أنّ الوعد يكون لازماً يجب الوفاء به ويقضي به عليه إذا تمّ الوعد على سبب وإنْ لم يدخل الموعود له في مباشرة شيء، مثال ذلك : قولك : أريدُ أنْ أتزوج، أو : أريد أنْ أشتري كذا، أو : أن أقضي غرمائي فَأَسْلِفْنِي كذا، أو : أريد أنْ أسافر غداً إلى مكان كذا فَأَعِرْنِي دابَّتَك، أو : أن أحرث أرضي فأعرني بقرتك، فقال : نعم، ثمّ بدا للواعد الرجوع قبل أنْ يتزوج أو أن يشتري أو أن يسافر فإنّ ذلك يلزمه ويقضي به عليه. وهذه الصورة تمثل طلباً واستجابة، وكذلك لو لم تسأله بل هو قال لك من نفسه : أسلفك كذا أو أهب لك كذا لتقضي دينك أو لتتزوج أو نحو ذلك فإن ذلك يلزمه ويقضي به عليه. وهذه الصورة تمثل التزاماً من جانب واحد.

المذهب الراجح : يتبين لنا أنّ للعلماء في وجوب الوفاء بالوعد على ثلاثة مذاهب : مذهب الجمهور الذي يرى استحباب الوفاء بالوعد، ومذهب ابن شبرمة ومنْ وافقهم في وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً إلاّ لعذر، ومذهب المالكية على التفصيل الذي ذكرناه.

والذي يظهر للباحث فيما يراه راجحاً من المذاهب الثلاثة هو مذهب الجمهور، فالوفاء بالوعد مستحبّ ويُكره للواعد الإخلاف في وعده كراهة شديدة فليس الوفاء

(١)عليش، **فتح العلي المالك**، مصدر سابق، ج٢ ص١٣٣

بالوعد واجباً يقضى به على الواعد إلاّ إذا كان على شرط أو ترتّب علي عدم الوفاء ضرر، وذلك لأمرين:

الأول : أنّ الوعد كما عرّفه الفقهاء : إخبارٌ عن إنشاء خير في المستقبل فهو بهذا الاعتبار محض تبرع، والمتبرّع ليس ملزماً بالوفاء بتبرعه في المستقبل إذ له الرجوع عنه.

الثاني : لو أقمنا الوعد مقام العقد في حكمه فإنّ الوعد على رأي كل الفقهاء يرد على عقود التبرعات، وعقود التبرعات ذاتها غير لازمة قبل قبض محل العقد فيجوز فسخها، فجواز فسخ الوعد بها أولى فلا يمكن القول بلزوم الوعد فيها.

وإذا كان فقهاء المذهب المالكي بناء على ما ذكر عن إمامهم مالك رحمه الله يرون أنّ من ألزم نفسه معروفاً لزمه ما لم يمت أو يفلس، إلا أنّهم قالوا [1]:

واعلم أنّ الالتزام إذا لم يكن على وجه المعاوضة فلا يتمّ إلاّ بالحيازة ويبطل بالموت والفلس كما في سائر التبرعات.

فتحصّل من كل ذلك أنْ القول بوجوب الوفاء بالوعد مطلقًاً أو على التفصيل كما يرى المالكية يكون مذهباً مرجوحًا والله أعلم .

وفي مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي جاءت توصيته على النحو التالي :

يرى المؤتمر أنّ هذا التعامل يتضمن وعداً من عميل المصرف بالشراء في حدود الشروط المنوه عنها، ووعداً آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقاً لذات الشروط.

إنْ مثل هذا الوعد ملزمٌ للطرفين قضاء طبقاً لأحكام المذهب المالكي، وملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكنَ للقضاء التدخل فيه [2].

---

(١)عليش، **فتح العلي المالك،** ج٢ ص٢٣٩.

(٢)**مؤتمر المصرف الإسلامي** بدبي ١٣٩٨هـ- ١٩٧٩م ص ١٤

المطلب الخامس

الوعد بالبيع في القانون المدني الأردني

جاء في المادة (١٠٦) من القانون المدني الأردني[1]: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد".

نلاحظ من المادة السابقة أنّ القانون قد قرر صراحة أنّ الوعد، وهذه أول حالة نجدها في القوانين الوضعية تنصّ صراحة وبوضوح، وذلك يرجع إلى أن القانون المدني الأردني حديث وقد استطاع المشرعون أنْ يلموا بجميع المعاملات الإسلامية الجديدة، والتي ظهرت وبرزت بعد انتشار البنوك الإسلامية ومنها عقد المرابحة للآمر بالشراء ومدى الإلزام بالوعد.وأنّ الوعد إذا استوفى شروطه أجاز إذا لم ينفذ الواعد وعده بالبيع أو الشراء أنْ يجبر على تنفيذه قضاءً ويقوم الحكم مقام العقد النهائي.

على أنْ الاتّفاق الذي يتعهد بموجبه كل من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلاّ إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه كما جاء في المادة (١٠٥) من القانون المدني الأردني : " ١- الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلاّ إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن بإبرام هذا العقد".

وكما ذكرنا سابقاً أنّ الوعد بالإرادة المنفردة يختلف عن الوعد بالتعاقد الذي سبق شرحه والذي نظّمته المداتان (١٠٥) (٢٠٦) من القانون المدني الأردني ، فالأول يتم بتصرف انفرادي في حين أن الثاني عقد أسماه المشرع الأردني (عقد الوعد) فهو لا يتم إلاّ بإرادتين متطابقتين ، كما أنّ الوعد بالإرادة المنفردة قد يرد على عقد أو على عمل ، في حين أن الوعد بالتعاقد موضوعه دائماً إبرام عقد في المستقبل.

---

(١)**القانون المدني الأردني**، رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٦.

وتقضي القواعد العامة في التعبير عن الإرادة في العقد أنّ من يعرض إيجاباً يتضمن رغبته في إبرام عقد ، و يعين ميعاداً يظهر فيه القبول ، يلتزم بالبقاء على إيجابه إلى أنْ ينقضي الميعاد الذي قد يحدّد صراحة وقد يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

وكذلك تقضي القواعد العامّة في التعبير عن الإرادة في العقد أنّ من يعرض إيجاباً ، ولا يحدد مدة للبقاء على إيجابه ، يستطيع أنْ يتحلل من هذا الإيجاب ، إلاّ إذا صدر في مجلس العقد فإنّ عليه الانتظار المدة اللازمة ليعبر من وجه إليه الإيجاب عن قبوله ويصل إلى علم الموجب.ويختلف بذلك الإيجاب المنفرد عن الوعد بالبيع ، فالوعد بالبيع يلزم الواعد بالبقاء على وعده خلال المدة التي حددت في العقد لإظهار الرغبة في إبرام البيع النهائي ، والوعد بالبيع أيضاً يعد عقداً يحتاج إلى رضاً من جانب الموجب ، وجانب القابل ، ولا يعد خطوة من جانب واحد في العقد.

وتنصّ الفقرة الأولى من المادة (١٠١) من القانون المدني المصري (وكذلك المادة (٢/ ٢١٠) من القانون المدني السوري والمادة (٢/ ١٠١) من القانون المدني الليبي، والمادة (٢/ ٩١) من القانون المدني العراقي على أنّ : " الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلاّ إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها " ذلك أنّ الوعد بالتعاقد خطوة نحو التعاقد النهائي، فوجب أنْ يكون الطريق مهيأ لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له. ولّما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي كما سبق القول فإنّ شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة تكون بوجه عام مطلوبة في عقد الوعد ذاته[1].

ويتم البيع وانتقال الملك وغيرها من الحقوق العينية وفقاً لما أقرّ القانون باستيفاء الشروط والأركان أو الإفراز أو التسجيل وفقاً لأحكامه الخاصة، والالتزام بالضمان إذا أخلّ أحد الطرفين بما وعد.

---

(١)السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني، نشر ١٩٩٧م، ص٨٥-٨٧، دار النهضة العربية القاهرة.

فقد نصت المادة (١١٤٦) من القانون المدني الأردني : " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقاً لأحكام القانون"

كما نصّت المادة (١١٤٧) من القانون المدني الأردني : " لا تنتقل ملكية المنقول غير المعين بنوعه إلا بإفرازه طبقاً للقانون ".

فلا تنتقل ملكية المنقول غير المعين بنوعه إلاّ بإفرازه ولو قبل التسليم، لأنّه بالإفراز يصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ومن ثم تنتقل ملكيته بالعقد دون حاجة للتسليم.

ونصّت المادة (١١٧٨) من القانون المدني الأردني : " لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلاّ بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به ".

والمادة (١١٤٩) من القانون المدني الأردني : " التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخلّ أحد الطرفين بتعهده سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط ".

فالدائرة الصحيحة لعقد الوعد بالبيع تتمثل في مرحلة تمهيدية تعدّ أكثر من مجرّد الرغبة في التعاقد أو الإيجاب المنفرد أو مشروع التعاقد.

فالوعد بالبيع يتضمن إيجاباً وقبولاً ، ويرتب هذا الوعد التزامات في ذمّة الواعد والموعد له ، ولكن هذه التزامات توقف ولا تنفذ إلاّ عند حلول الميعاد وإبرام عقد البيع النّهائي ، وهي التزامات ترتب مسؤولية المتعاقد إذا أخلّ بها ، فتلزمه بتعويض المتعاقد الآخر إذا نتج عن الإخلال بالتنفيذ ضرر ، بل و يقوم حكم القاضي عند النكول مقام عقد البيع النهائي.

فالتّعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخلّ أحد طرفي العقد بتعهده سواء أكان التعويض مشروطاً في العقد أم لم يشترط [1].

---

(١)حكم هذه المواد مستندها المواد (٧٢-٧٦) من مرشد الحيران والمبادئ التي أخذت من المادة (٥٨) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر والتي بنى عليها جواز تقييد بعض التصرفات في العقود بالتسجيل أو غيره إذا اقتضت المصلحة ذلك وهو ما يتفق والفقرة الأولى من المادة (١٩٩) من

المطلب السادس

العربون

أولاً : العربون في اللغة : العَرَبون بفتح أوّله وهو الأفصح، والعُرْبُون بالضمّ، وعُربان بوزن قُربان، وعَرَبان بفتح العين والرّاء، وعَرْبان بفتح فسكون، وعُرُبّان بضمّتين وتشديد الموحدة، وأربون أول همزة، وأُرْبون بضمّ الهمزة فسكون، وأُربان بضمّ فسكون [(١)].

ثانياً : العربون اصطلاحاً :

عند الحنفية : أنْ يشتري الرجلُ السلعة، فيدفع إلى البائع دراهم، على أنّه إنْ أخذ السلعة، كانت تلك الدراهم من الثمن، وإنْ لم يأخذ فيسترد الدراهم.

عند المالكية : قال الإمام مالِك : أَنْ يشتري الرّجلُ الْعبدَ أَو الْوَليدَةَ أو يَتَكارى الدّابّةَ ثُمّ يَقول للذي اشْتَرَى منه أو تَكارى منه أُعطِيكَ ديناراً أو دِرهَماً أو أَكثَرَ من ذلك أو أَقَلَّ على أنّي إنْ أَخَذْتُ السِّلعَةَ أو رَكِبتُ ما تَكاريتُ مِنكَ فَالَّذِي أَعْطَيْتُكَ هو من ثَمَنِ السِّلْعَةِ أو من كِرَاءِ الدَابّةِ وإِنْ تَرَكتُ ابْتِيَاعَ السِّلعَةِ أو كِرَاءَ الدّابّةِ فما أَعْطَيتُكَ لك [(٢)].

عند الشافعية : أنْ يشتري ويعطيه دراهم لتكون من الثّمن إنْ رضي السلعة، وإلاّ فهبة. وأنْ يشتري سلعة من غيره، ويدفع إليه دراهم على أنّه إنْ أخذ السلعة فهي من الثمن، وإلاّ فهي للمدفوع إليه مجاناً[(٣)].

المشروع وهي تقابل المواد(٨٩١-٨٩٥) من المشروع الأردني و المواد (٨٩٤-٩٠٦) من القانون المدني السوري والمواد (٩٣٣-٩٣٤) من القانون المدني المصري والمواد (١١٢٦-١١٢٧) من القانون المدني العراقي.

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج١ ص٢١٢. الزبيدي، تاج العروس، مصدر سابق، ج٢ ص٢٣ الجوهري، **الصحاح في اللغة**، مصدر سابق، ص٦٨٦. ابن قتيبة، غريب الحديث، مصدر سابق، ج١ ص١٩٧.

(٢)مالك، **الموطأ**، مصدر سابق، ج٢ ص٦٠٩.

(٣)النووي، **منهاج الطالبين**، مصدرسابق، ج٢ ص٢٨. النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٩٧.

عند الحنابلة : أن يدفع بعد العقد شيئاً، ويقول : إن أخذت المبيع أتممت الثمن، وإلاّ فهو لك وأنْ يشتري شيئاً، ويعطي البائع درهماً، ويقول : إنْ أخذته، وإلا فالدرهم لك[1].

ثالثاً : حكم العربون :

اختلفَ العلماء في حكم بيع العربون على قولين :

القول الأوّل : المالكية[2] والشافعية[3] ورواية عند الحنابلة، وهو قول أبي الخطاب منهم[4]، وظاهر كلام ابن حزم الظاهري[5]، قالوا بالمنع وأنه باطل ولا يصحّ. قال تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ...﴿٢٩﴾ ﴾ (سورة النساء:الآية ٢٩). والنّبي ﷺ نهى عن بيع العربان[6]، وقال أبو حيان : والباطل هو كل طريق لم تُبحه الشريعة، فيدخل فيه بيع العربان[7]. ولأنّه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض، ولأنّ فيه شرطين فاسدين : أحدهما شرط الهبة. والثاني : شرط الرد على تقدير ألاّ يرضى، ولأنّه للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصحّ، ولأنّه بمنزلة الخيار المجهول.

---

(١)البهوتي، **الروض المربع**، مصدر سابق، ج٢ ص٦٦. ابن مفلح، **المبدع**، مصدر سابق، ج٤ ص٥٩.

(٢)المنتقى **شرح الموطا**، مصدر سابق، ج٤ ص٥٧. ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٢ ص٦١

(٣)النووي، **المجموع شرح المهذب**، مصدر سابق، ج٩ ص٤٠٧. الشربيني، الخطيب، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩.

(٤)المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج١١ ص٢٥١.

(٥)ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص١٧١.

(٦)حديث منقطع رواه أحمد والنسائي وأبو داود ومالك في الموطأ، وفيه راو لم يسمّ، وسمي في الرواية، وفيه طرق لا تخلو من مقال، وهو مروي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده، وفسر الإمام مالك بيع العربان أن يشتري الرجل العبد أو الأمة أو يكتري ثم يقول الذي اشترى منه أو اكترى منه أعطيك ديناراً أو درهماً على أني إن أخذت السلعة فهو من ثمنها وإلا فهو لك (أنظر سبل السلام ج٣ ص١٧.ونيل الأوطار ج٥ ص١٥٣).

(٧)ابو حيان، **تفسير البحر المحيط**، ج٣ ص٢٤٠. القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، مصدر سابق، ج٥ ص١٥٠

القول الثّاني : الإمام أحمد في رواية الميموني، وعامة أصحابه، وروي عن عمر وابنه ونافع بن عبد الحارث ﷺ وزيد بن أسلم، وابْن سِيرِين والحسن ومجاهد رحمهم الله، وقياس قول سَعيدِ بن الْمُسَيِّبِ وابن سِيرِين : لَا بَأْسَ إذَا كَرِهَ السِّلْعَةَ أَنْ يَرُدَّهَا ويَرُدُّ مَعَهَا شَيْئًا، وَقَالَ أَحْمَدُ هَذَا فِي مَعْنَاهُ يجوز بيع العربون[1] .

قال القرطبيّ: مفسّراً كلمة ﴿ بالباطل ﴾: أي بغير حقّ ووجوه ذلك تكثر... ومِن أكل المال بالباطل بيع العربون... لأنّه من باب القمار والغرر والمخاطرة، وأكل المال بالباطل بغير عوض ولا هبة وذلك باطل بالإجماع[2].

وما روي عن زيد بن أسلم أنّ النبي ﷺ أحلّ العُربان في البيع[3]. وما روي عن ابن عمر ﷺا مرفوعاً (العُربون لمن عرْبَن) [4].

الراجح هو القول الثاني والقائل بجواز العربون، وذلك قوة أدلّتهم.

يقول الأستاذ الزرقا : هذا وقد أصبحت طريقة البيع بالعربون أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار [5].

---

(١)المقدسي، ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٥٦.

المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٥٧.

(٢)القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، مصدر سابق، ج٥ ص١٥٠.

(٣)ابن أبي شيبة، **المصنف**، مصدر سابق، كتاب البيوع والأقضية في البيع رقم(٢٣١٩٥)، ج٥ ص٧.

(٤)المناوي، **الجامع الصغير** للسيوطي مع شرحه التيسير ج٢ ص١٥٤.

(٥)الزرقا، **المدخل الفقهي**، مصدر سابق، ص٢٣٤.

السنهوري، **مصادر الحق**، مصدر سابق، ج٢ ص٩٦.

ثانياً :

الوعد بجائزة

المطلب الأول

مفهوم الوعد بجائزة (الجعالة)

يُطلق على الوعد بالجائز في الفقه الإسلامي الجعالة أو الجُعل أو الجَعيلة.

أولاً : الجعالة اللغة :

الجُعْلُ بالضم : ما جُعِل للإنسان من شيء على الشيء يفعله. جَعَل له كذا شارطه به عليه وكذلك الجِعالَةُ بالكسر. ويقول ابن منظور : ولفظ الجعل والجعلية تستعمل فيما جعله للعامل على عمله. وفي المعجم الوسيط الجعالة ما يجعل على العمل من أجر أو رشوة، قال اللحياني والجَعالة بالفتح الرَّشْوة وجمعها جعائل وتسمّى كذلك الجعال أيضاً جمعها جعائل وجُعول. وقال الأصمعي الجعالة العطيّة أجعلتُ له بالألف. وقال هي الجَعَالة بالفتح، من الشيء تَجعَله للإنسان(١).

ثانياً : الجُعالة في الاصطلاح :

عند **الحنفية** كما عرفها ابن عابدين : بأنّها ما جُعل للإنسان من شيء على فعل(٢).

عند **المالكية** كما عرّفها ابن عرفة بأنّها : التزام معاوضَة على عمل آدميّ بعوض غير ناشيء عن محلّه لا يجب إلاّ بتمامه لا بعضه ببعض(٣). وذكر الخرشي في شرح مختصر

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج١١ ص١١٠.
الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، ج١ ص١١٩.
القونوي، الرومي، **أنيس الفقهاء** في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، مصدر سابق، ج١ ص٦٠ باب الجعل.
مصطفى، ومجموعة، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، ج١ ص١٢٦ باب الجيم.
الأزهري، أبي منصور محمد بن أحمد، نشر ٢٠٠١م، **تهذيب اللغة**، تحقيق محمد عوض مرعب، ج١ ص٢٤٠ دار إحياء التراث العربي - بيروت.
(٢)ابن عابدين، **حاشية الدر المختار**، مصدر سابق، ج٣ ص٦٧٤.
(٣)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٥ ص٤٥٢.

خليل أنّ الجعالة أن يجعل الرجلُ للرجلِ أجراً معلوماً ولا ينقده إيّاه على أنْ يعمل له في زمن معلوم أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل على خلاف في هذا على أنّه إن كمله كان له الجعل وإنْ لم يتمه فلا شيء له مما لا منفعة فيه للجاعل إلاّ بعد تمامه [1].

عند **الشافعية** كما في الإقناع : التزام عوضٍ معلومٍ على عملٍ معيّن أو مجهول على عمله[2].

وعند **الحنابلة** : تسمية مالٍ معلوم لمن يعمل للجاعل عملا مباحاً ولو كان مجهولاً أو لمن يعمل له مدة ولو كانت مجهولة[3].

(١)الخرشي، **شرح مختصر خليل،** مصدر سابق، ج٧ ص٩٦

(٢)الشربيني، الخطيب، **مغني المحتاج،** مصدر سابق، ج٢ ص٤٢٩.

(٣)البهوتي، **كشاف القناع،** مصدر سابق، ج٤ ص٢٢٥.

المطلب الثاني

مشروعية الجعالة

١- الجعالة **تجوز** شرعاً عند **المالكية والشافعية والحنابلة**[(١)]، وهي عند الإمام الشافعي جائزة لاحتياج الناس إليها إلاّ أنّ المالكية يقولون : إنّها جائزة بطريق الرّخصة، اتفاقاً، والقياس عدم جوازها بل عدم صحتها للغرر الذي يتضمنه عقدها.

وقد أفرد الجمهور للجعالة أبواباً خاصة كما أفردوا أبواباً لأي عقد مسمى آخر.

يقول ابن شهاب المالكي : " الجعل جائز ويلزم بالشروع من جهة الجاعل ولا يجوز إلى أجل فمن قال من جاءني بضالّتي فله كذا لزمه بها ولاشيء له إلاّ بتمام العمل فلو قال لرجل إنْ جئتني بها فلك مائة وللآخر فلك خمسون فجاءا بها فقيل يقتسمان الأكثر بحسبهما وقيل لكلٍ نصف جعله ومن جاء بضالّة ابتداء فله أجرة مثله ويجوز في الحصاد والجذاذ ونفض الزيتون بجزء معين منه لا ما لا يعلمه اليوم ويجوز على علاج المريض على البرء، واستخراج المياه بشرط معرفة العامل شدة الأرض وبعد الماء والله أعلم "[(٢)]

٢-عند **الحنفية** الجعالة **غير جائزة** لما فيها من الغرر والخطر أي الجهالة والاحتمال بالنسبة للملتزم وبالنسبة للقائم بالعمل الذي لا يدري ما يحتاجه من مجهود لإنجاز العمل[(٣)]. وإنّما أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل لمن يرد العبد الآبق[(٤)]، ولو بلا شرط، من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، ومقدار الجعل أربعون درهماً، تغطية للنفقة في مدة السفر. وإنْ رده لأقلّ من ذلك المقدار فبحسابه، اعتباراً للأقلّ بالأكثر، فإذا ردّه مثلاً من مسافة يومين فله ثلثاها، ومن يوم ثلثها، ومن ردّه من أقل منه، أو وجده في البلد يرضخ له، أي

(١)الشيرازي، **المهذب**، مصدر سابق، ج١ ص٤١٨.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٢٥.

(٢)شهاب الدين المالكي، البغدادي، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر (المتوفى٧٣٢ه)، إرْشَادُ **السَّالِك إلى أشرف المسالك**، ط٣ ج١ ص٨٩، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر.

(٣)ابن عابدين، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٨١.

(٤)العبد الآبق هو الهارب من غير ظلم السيد.وهو عند المالكية: هو من ذهب مختفيا بلا سبب (القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب) وَالْإِبَاقُ : انْطِلَاقُ الرَّقِيقِ تَمَرُّدًا، كَذَا عَرَّفَهُ ابْنُ الْكَمَالِ لِيَدْخُلَ الْهَارِبُ مِنْ مُؤَجِّرِهِ وَمُسْتَعِيرِهِ وَمُودِعِهِ وَوَصِيِّهِ.

يعطى بنسبة عمله. وسبب استحقاق الجعل: هو أخذ الآبق لصاحبه. فدفع الجعل طريق للمالك لصيانة ماله.

٣-**بعض الظاهرية منع الجعالة**، يقول ابن حزم في المحلى : لا يجوز الحكم بالجعل على أحد، فمن قال لآخر: إنْ جئتني بعبدي الآبق، فلك عليَّ دينار. أو قال : إن فعلت كذا وكذا، فلك درهم. أو ما أشبه ذلك، فجاءه بذلك، أو هتف وأشهد على نفسه : من جاءَني بكذا، فله كذا. فجاءَه به. لم يقض عليه بشيء، ويستحب لو وفى بوعده. وكذلك من جاءَ بآبق فلا يقضى له بشيء، سواء عرف بالمجيء بالإباق أو لم يعرف بذلك، إلاّ أن يستأجره على طلبه مدة معروفة، أو ليأتيه به من مكان معروف، فيجب له ما استأجره به[١].

وإنّما خرجت عن ذلك إلى الجواز للأدلّة التالية :

١- من الكتاب:

قال تعالى: ﴿ قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾ ﴾ (سورة يوسف: الآية ٧٢)، **ذهب كثير من المفسّرين أنّ هذه الآية جاءت دليلاً على الجعالة والضّمان والكفالة**[٢]، وكان حمل البعير معلوماً عندهم وهو الوسق وهو ستّون صاعاً، كما أنّ لفظ الآية في الزعامة هو نصّ في الجعالة لمعناها، وهي نوع من الإرادة لكن الفرق بينهما أنّ الإجارة يقدر فيها العوض والعوض من جهتين، أمّا الجعالة فيُقدّر فيها الجعل، والعمل غير مقدّر[٣]. وشرع من قبلنا شرع لنا إذا قُصّ علينا من غير نكير، ولم يثبت نسخه، ومن خالف في هذه القاعدة جعله استئناساً.

٢- من السنة :

حديث رُقية[٤] الصحابي، عنْ أبي سعيد الخدري ﷺ : أنّ أناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم[١]، فبينما هم كذلك إذ لُدغ سيّد أولئك

---

(١)ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٠٤.

(٢)ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، مصدر سابق، ج٢ ص٤٨٥.

(٣)ابن العربي، **أحكام القرآن**، مصدر سابق، ج٣ ص١٠٨٤.

(٤)الرقية كلام يستشفى به من عارض أو مرض.

القوم فقالوا : هل فيكم من راق ؟ فقالوا : لم تقرونا، فلا نفعل إلاّ أنْ تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيع شاء، فجعل رجل يقرأ بأمّ القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرئ الرجل فأتوهم بالشاء، فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ فسألوا الرسول ﷺعن ذلك فضحك وقال : (ما أدراك أنها رقية ؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم) [٢]. وفي رواية عن ابن عباس، فقال : (إنّ أحقّ ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله) [٣]. ومنَ السنّة أيضاً ما روي عن رسول الله ﷺ أنّه قال يوم حنين : من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه[٤]. فالرسول ﷺ أقرّ الصحابة وأقرّ أخذهم الجعل بل إنّه قال (واضربوا لي معكم بسهم).

٣-من المعقول :يؤيّد ذلك : وهو أنّ الحاجة تدعو إلى الجعالة، من رد ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه صاحبه، فجاز بذل الجعل، كالإجارة والمضاربة، فقد يبحث الإنسان عن ضالّته ويريد تحقيق هذا العمل ولا يجد من يتعاقد معه، فإذا ما أطلق خطابه وجعله شاملاً لغير معين فقد يجد من يعينه على تحقيق مُبتغاه[٥].

والجعل من أسباب حصول الرزق بنصّ كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ، وما أكثر الأعمال التي يقوم بها الإنسان مقابل مبلغ من المال، بل جرت سُنّة الله في خلقه أنْ سخر بعضهم لبعض حتى يحصل التكامل، وحتى تقضى الحاجات وتتنوع الأرزاق، وهذه من الحكم العظيمة التي أقام الله بها عمارة الحياة البشرية[٦].

---

(١)أي أنهم لم يضيّفوهم.

(٢)الإمام أحمد، **المسند**، مصدر سابق، رقم(١١٤١٧)، ج٣ ص٤٤،قال شعيب إسناده صحيح على شرط الشيخين

النووي، **المنهاج شرح مسلم**، مصدر سابق، رقم (٢٢٠١)، ج١٤ ص١٨٧، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار.

(٣)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٥٧٣٧)، ج٧ ص١٧٠ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٤)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٣١٤٢)، ج٤ ص١١٢.

مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٤٦٦٧)، ج٥ ص١٤٧.

مالك، **الموطأ**، مصدر سابق، رقم (٩٧٣)، ج٢ ص٤٥٤.

الحاكم، **المستدرك**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٤١، قال الذهبي في التلخيص صحيح.

(٥)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٦ ص٣٥٠.

(٦)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤٢٩.

المطلب الثالث

أركان الجعالة

١- **الصيغة :**الصيغة عند القائلين بالجعالة هي كل لفظ دال على الإذن في العمل بعوض معلوم، واشترطوا أن تكون الصيغة دالة دلالة قطعية على الالتزام، فيجب أن تكون كاشفة عن إرادة الجاعل، كما أن تكون واضحة وضوحاً تاماً يمنع النزاع بين المتعاقدين وتدل على العمل بعوض ملزم(١)، وعند الشافعية والمالكية يشترط في الصيغة أن لا تكون محددة بزمن معين(٢) خلافاً للحنابلة الذين أجازوا أن تكون محددة بزمن معين، وقال الفقهاء إنّ من يعمل العمل بلا صيغة فلا شيء له، وإن كان معروفاً بردّ الضوال عند الشافعية خلافاً للمالكية الذين قالوا باستحقاق الجعل لمن كانت مهنته رد الضوال وإن لم تصدر صيغة ولا تشترط أيضا المطابقة بين الإيجاب والقبول، أي قبول العامل وإن عينه الجاعل، فلو قال الجاعل : إن رددت ضالتي فلك دينار، فقال العامل : أردها بنصف دينار، فالراجح القطع باستحقاقه للدينار، لأنّ القبول لا أثر له في الجعالة(٣).

٢- **الجاعل :**يشترط في الجاعل أنْ يكون أهلاً للالتزام، فلا تنعقد الجعالة من مجنون أو سفيه أو صغير، كما يشترط في الملتزم للجعل أنْ يكون مطلق التصرف، فلا يصحّ من صبي أو مجنون أو محجور أو سفيه، كما يجب أنْ يكون مختاراً غير مُكره، ولا يشترط كونه مالكاً(٤).

٣-العمل :

يشترط أنْ يذكر العمل في الصيغة، كما يشترط فيه الكلفة والمشقّة، فلا يستحق العامل الجعل إذا لم يبلغ جهداً، ولا يشترط في الكلفة أنْ تكون مادية فقط، فقد تكون معنوية، أو يوصف الشيء المفقود بما يفيد العلم بمكانه(٥).

---

(١)الشربيني، المصدر السابق، ج٢ ص٤٢٩.

(٢)الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، مصدر سابق، ج٥ ص٤٦٥.
الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٦٠.

(٣)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤٣٠.
الشيرازي، **المهذب** في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج١ ص٤١٠.

(٤)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٤٣٠.

(٥)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق،ج٥ ص٤٥٢.

٤-الجُعل :

كما يُشترط ذكر الجعل في الصيغة، وأنْ يكون مالاً معلوماً، ويجوز عند الحنابلة أن يكون الجعل مع الجهالة إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم[١]، وما كان عِوضاً في الإجارة جاز أنْ يكون عوضاً في الجعالة، وإذا كان العِوض مالاً غير متقوّم أو لا يمكن تسليمه وجب أجر المثل، ولا يجوز اشتراط تعجيل الجعل عند الفقهاء[٢].

---

(١)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٦ ص٣٥٠.
(٢)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٥ ص٤٥٢.
النووي، **روضة الطالبين**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٦٩.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٦ ص٣٥٠.

المطلب الرابع

أهم التطبيقات المعاصرة

لعقد الجعالة ما يأتي

١-إصلاح الأراضي واستزراعها دولياً : وذلك بأنْ تجعل الدولة مبلغاً معيّناً من المال لمن يقوم باستصلاح أرض معيّنة ، أو يبحث في الأرض عن أماكن صالحة لإقامة مشاريع زراعية.

٢-التنقيب عن البترول والمعادن المختلفة : وذلك في الحالة التي يكون استحقاق الجُعل فيها مشروطاً بالوصول إلى المعدن مثلاً ، دون النظر إلى مقدار العمل أو زمنه.

٣-عمليات التسويق والسمسرة وارتباطها بالجعالة : في حال استحقاق الجُعل فيها مشروطاً بإبرام العقد الذي تمّ التوسط من أجله.

٤-تحصيل الديون المعدومة والمشكوك فيها : وتكون في الحالة التي يكون الجعل فيها مشروطاً بتحصيل الدين كلّه ، وبذلك يستحق الجعل كلّه ، أو تحصيل مقدار منه فيستحق من الجُعل بنسبة ما حصّله من الدين.

٥-الجوائز والمسابقات : كأنْ يتم تخصيص جائزة مالية ، لمن يشتري من محل معيّن ، أو منح بطاقة تخفيض على المشتريات ، أو جُعل معيّن لمن يشتري كمية معيّنة ، أو مثل العيّنات المجانية ، أو جُعل للعامل اذا قام ببيع كمية معينة.

٦-تسهيل إجراءات العمل والتّشغيل : مثل مكاتب التوظيف.

٧-تحقيق الاكتشافات والاختراعات والتصاميم : ويكون استحقاق الجُعل مشروطاً بحصول الاكتشاف أو تسجيل براءة إختراع ، أو إنشاء تصميم مطابق للشروط المبيّنة من الجاعل.

٨-إشتراط الجُعل على الإقتراض بالجاه : فقد يذهب شخص إلى آخر ذي جاه ، ويطلب منه أنْ يقترض له من شخص آخر ، أو من بنك مبلغاً معيّناً مقابل جُعل يعطيه إيّاه. وهذه الصورة مباحة شرعاً عند الشافعية والحنابلة ، لأنّ ذا الجاه لم يعط الشخص المالَ من ماله الخاصّ فهو ليس قرضاً جرّ نفعاً ، ولكن لو أعطاه المال من ماله الخاصّ

لكان محرّماً قطعاً، أمّا المالكية فقد حرّموا هذه الصورة، إلّا اذا احتاج صاحب الجاه الى السّفر ليحصل على القرض ، فيجوز أخذ نفقة سفره.

والرّاجح هو قول الشافعية والحنابلة لأنّ صاحب الجاه لم يدفع من ماله الخاص ليكون قرضاً جرّ نفعاً ، وإنّما قام بتقديم خدمة تحصيل مبلغ القرض ، والجُعل مقابل الخدمة ، كقوله : اقترض لي من فلان مئة درهم ولك عشرة.

٩-عقود الصيانة : وهو عقد مستحدث مشروع ، لا يخالف الشريعة الإسلامية ، ويتم تكييفه فقهيّاً على أنّه عقد جعالة حيث إنّ عقود الصيانة لا تنطوي على تحديد مقدار العمل بشكل دقيق ، وبه جهالة وغرر وهو من الغرر اليسير المغتفر ، الذي لا يؤدّي إلى النزاع.

المطلب الخامس

الفرق بين الجعالة والإجارة

الجعالة تُشبه الإجارة في بذل المال، وحصول المنفعة.

وتختلف الجعالة عن الإجارة في أمور هي(١):

١-تصح الجعالة مع معيّن وغير معيّن، ولا تصحّ الإجارة إلاّ مع شخص أو جهة معينة.

٢-تصحّ الجعالة على عمل معلوم أو مجهول يعسر ضبطه وتعيينه كردّ مال ضائع فهي عقد يحتمل الغرر فيجوز جهالة العمل والمدة فيها، ولا تصحّ الإجارة إلاّ على عمل معلوم كالخياطة والبناء والمدة معلومة وإذا قدّرت الإجارة بمدّة لزم الأجير العمل في جميع المدة، ولا يلزمه العمل بعدها، والجعالة المهم فيها إنجاز العمل دون تقييد بمدة معينة.

٣-لا يشترط في الجعالة قبول العامل، أمّا الإجارة فلابدّ فيها من إيجاب المؤجر وقبول المستأجر.

٤-الجُعْل يُستحقّ في الجعالة بعد تمام العمل كردّ الشارد وبرء المريض ولا يجوز اشتراط تقديم الأجرة فيها، أمّا الإجارة فيجوز تعجيل الأجرة وتأجيلها حسب الاتفاق ويتمّ استيفاء المنفعة للمستأجر بمقدار ما عمل الأجير.

٥-يكون العمل مقيداً بالمدة المحددة، فإنْ أتى بها استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر، وإنْ لم ينجز العمل بها لا يستحقّ شيئاً.

---

(١)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٣٠.
ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٣٣. الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٤ ص٦٥.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٢٥.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٥ ص٦٥٧.
الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مصدر سابق، ج٤ ص٧٨٦.

المطلب السادس

الوعد بجائزة وتكييفها القانوني

الوعد بالجائزة في القانون المدني الأردني التزام ينشأ بالإرادة المنفردة، بالرّغبة في إعطاء جائزة لمن يقوم بعمل معيّن محققاً لمقصده.

يعتبر موضوع الوعد بجائزة منْ أهمّ تطبيقات التّصرف الانفرادي في القانون المدني الأردني، ولقد نصت المادة (٢٥٥) من القانون المدني الأردني :

" ١- منْ وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلاً التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بجائزة.

٢-وإذا لم يعيّن الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للكافّة على ألاّ يؤثر ذلك في حق من أتمّ العمل قبل الرجوع في الوعد ، ولا تُسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاث أشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد "

فالوعد بجائزة (الجعالة) : هي التزام بمال معلوم نظير عملٍ معيّنٍ معلوم أو لابسته جهالة. وقد يكون الإيجاب موجهاً لشخصٍ معلوم أو لشخص غير معلوم [(١)].

وصورتها تكون وعد بجائزة لمن يعثر على مال مفقود أو طفل ضائع أو لمن يدلي بمعلومات عن جريمة أو مجرم هارب ، أو لمن يكتشف علاج جديد وبمثل هذا التصرف لا يكون ملزماً وفقا للإرادة المنفردة إلاّ إذا توافرت شروطه وأحكامه.

فاعتبر القانون الوعد بالجائزة ملزماً مع شروط :

١- أنْ يكون الوعد جدياً والتعبير فيه واضحاً : وبالتّالي إذا كان الوعد غير جدي، أو كان التعبير غير واضح فلا ينعقد الوعد بجائزة. وجدية الوعد من عدمه يخضع لتقدير المحكمة الناظرة في الدعوى. ويكون الوعد غير جدي إذا تبيّن من الوعد عدم رغبة الواعد في تحقق العمل محل الوعد بجائزة، كما في الوعد السلبي ومثال ذلك منْ يعلن على سبيل الدّعاية والترويج أنّه يدفع مبلغ ألف دينار لمن يثبت وجود عيب في بضاعة ينتجها.

---

(١)المذكرات التوضيحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج١ ص٢٨٠.

٢- أنْ يكون الوعد موجهاً إلى الجمهور: ويتطلب ذلك عدم تخصيصه بشخص معين وإلاّ كان إيجاباً. وطالما أنْ الوعد موجه إلى الجمهور، فيجب أنْ يكون علنياً، أي معلوماً من قِبَل العموم بأيّ وسيلة من وسائل الإعلام، كالنّشر في الإذاعة والصحف وحتى عن طريق المناداة. ويترتب على عدم علانية الوعد بطلانه[1]. ولا يقصد بالعلانية هنا أنْ يعلم كل فرد من أفراد الجمهور بالوعد، وإنّما يكفي أنْ يتاح لهؤلاء الأفراد إمكانية العلم به بأن يعلم به أكثر الناس، ولا يتحقق وعد بجائزة إذا كان الوعد بإرسال الواعد كتاباً إلى آخر.

٣- يُشترط في العمل الموعود عليه أنْ يحصل في المستقبل بعد الوعد. ولكن هذا لا يمنع من انصراف الوعد بجائزة بالأصل إلى ما تمّ وأنجز من أعمال سابقة له، فيجوز تقديم جائزة لمن أنجز أفضل بحث خلال العام المنصرم، شريطة أنْ يتبيّن من عبارة الوعد أنّ الواعد يقصد تقديم الجائزة عن عمل أُنجز في الماضي، ومثال ذلك جائزة نوبل للآداب وللطب وللسلام.

٤- يُشترط أنْ يكون العمل معيناً، أمّا إذا كان الوعد يتضمّن منح جائزة لمن يوجد في مركز معين دون القيام بأي عمل فيعد الوعد بجائزة باطلاً، ومثال ذلك الوعد بجائزة لمن ولد في يوم معين. ويعد مثل هذا الوعد هبة، وبالتالي يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر. كما يشترط أنْ تكون الجائزة ذات قيمة مادية أو معنوية، كمنح كأس تذكارية مثلاً.

٥- أنْ يتوفّر في الوعد بجائزة السبب بالمعنى المزدوج الذي أخذَ به القانون المدني الأردني في نظرية العقد ، الغرض المباشر والباعث الدافع أو الغرض البعيد ، فبالنسبة للأول يكون سبب الوعد هو العمل الذي رصدت الجائزة من أجله ، أمّا بالنسبة للثاني فيكون سبب الوعد الباعث الذي دفع الواعد إلى إصدار الوعد ، كالإسراع في الحصول على علاج لمرض أصاب الواعد أو شخص عزيز عليه ، ويجب أنْ يكون السبب الأول صحيحاً وموجوداً في حين يجب أنْ يكون السبب الأخير مشروعاً وإلاّ كان الوعد باطلاً.

---

(١)الزرقا، **نظرية الالتزام العامة**، مصدر سابق، ص٤٣٧.

ومن آثار الوعد بجائزة أنّه[1]:

١- إذا حدّد الواعد مدة لوعده :

عادة ما يحدّد الواعد مدّة لوعده يشترط أنْ يتمّ العمل خلالها، فإذا كان الواعد قد حدد أجلاً للقيام بالعمل الموعود عليه، فليس له الرجوع عن وعده قبل انقضاء الأجل. ويبقى ملزماً بإعطاء الجائزة الموعود بها لمنْ أنجز العمل خلال الأجل المحدّد، حتى لو كان من قام بالعمل يجهل الأجل، وقد أطلق عليه بعض القانونيون (الوعد الملزم) مقارنة له بالإيجاب الملزم. وإذا رجع الواعدُ عن وعده قبل حلول الأجل، فلا ينتج هذا الرجوع أيّ آثر. وإنْ انقضت المدة المحددة من غير أنْ يقوم أحد بالعمل تحلّل الواعد من وعده والتزامه. وإذا تمّ إنجاز العمل قبل انتهاء المدة، فيستحقّ من أنجزه الجائزة الموعود بها ولو لم يصدر منه رغبة في الحصول عليها ويصبح دائناً للواعد بمبلغ الجائزة سواء علم بالوعد عند قيامه بالعمل أم لم يعلم به، وسواء كان ذلك قبل الإعلان عن الجائزة أم بعده، وهذا ما ذكر في المادة (١/ ٢٥٥) من القانون المدني الأردني : " من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معيّن، وعيّن له أجلاً التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة ".

٢- إذا لم يحدّد الواعد مدة لوعده :

إذا لم يكن قد حدّد أجلاً لوعده، فإنّ الجائزة الموعود بها تصبح حقاً لمن أنجز العمل ويلتزم بالوعد الصادر من جانبه، وله أنْ يعدل عن وعده ما دام لم يقم أحد بالعمل المعلن عنه وهو ما يسمى ب(الوعد غير الملزم) مقارنة بالإيجاب غير الملزم، ويكون الرجوع بالوسائل والأوضاع ذاتها التي صدر بها حين أعلنَ عن وعده بالجائزة بطريق الإعلان بالنّشر في الصحف أو لصق الإعلان وغيره، أمّا إذا قام أحد بالعمل قبل الرجوع فقد استحقّ الجائزة حتى ولو لم يكن يعلم بالوعد، وله أنْ يرفع دعوى مطالبة بالجائزة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ عدول الواعد، وهذا ما بيّنته المادة (٢/ ٢٥٥) من

---

(١)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج١ ص٢٧٨.
أنور سلطان، **مصادر الالتزام**، مصدر سابق، ص٢٨١
السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج١ ص١٣٠٤.

القانون المدني الأردني : " وإذا لم يعيّن الواعد أجلاً للقيام بالعمل جـاز لـه الرجـوع في وعده بإعلان للكافة على أن لا يؤثر ذلك في حق من أتمّ العمل قبل الرجوع في الوعد، ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد "

الفصل الثالث

العيوب التي تعتري الإرادة المنفردة

المبحث الأول

الإكراه

المطلب الأول

مفهوم الإكراه

أولاً : الإكراه لغة : الكَره بالفتح المشقة والكُره بالضمّ القهر وقيل بالفتح الإكراه وبالضَمّ المشقة. وأكرَهتُهُ على الأمرِ إكراهاً حملتُهُ عليه قهراً يقال فعلتُهُ كَرهاً بالفتح أي إكراهاً، وعليه قوله تعالى : ﴿ قُلۡ أَنفِقُواْ طَوۡعًا أَوۡ كَرۡهًا... ﴿٥٣﴾ ﴾ (سورة التوبة: الآية ٥٣). فقابل ﷻ بين الضدّين، قال الزجّاج : كل ما في القرآن من الكُره بالضمّ فالفتح فيه جائز إلاّ قوله في سورة البقرة : ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِتَالُ وَهُوَ كُرۡهٞ لَّكُمۡۖ ... ﴿٢١٦﴾ ﴾ (سورة البقرة: الآية ٢١٦)، والكريهة الشدّة في الحرب(١).

ثانياً : في اصطلاح الفقهاء :

في أنيس الفقهاء الإكراه : عبارة عن حمل إنسان على شيء يكرهه(٢).

عرّفه السرخسي بأنّه : اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه ، أو يَفسُد به اختياره من غير أنْ تنعدم به الأهلية في حق المكره ، أو يسقط عنه الخطاب(٣).

---

(١)الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس** ج١ ص٤٢١. ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، باب لجأ ج١ ص١٥٢. الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، باب اللام ص٦١٢. الفيومي، **المصباح المنير** في غريب الشرح الكبير، مصدر سابق، باب الإلجاء وباب حرف الجيم ص٨٦،١٥٩.

(٢)القونوي، **أنيس الفقهاء** في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء باب الإكراه ص٩٩.

(٣)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢٤ ص٧١.

وفي كشف الأسرار: الإكراه هو حمل الغير على أمر يكرهُهُ ولا يريد مباشرته [1].

وعرّفه ابن عابدين بأنّه : فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى ، فيصير مدفوعًا إلى الفعل الذي طلب منه[2].

وعرّفه التفتازاني بأنّه : حملُ الغير على أنْ يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسَه، فيكون معدماً للرضا لا للاختيار[3].

وعرّفه الشهابُ الرمليّ من الشافعية بأنّه : أنْ يهدّد المكره قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب ، يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أُكره عليه وغلب على ظنّه أنْ يفعل به ما هُدّد به إذا امتنع مما أُكره عليه[4].

وفي التعريفات : الإكراه حملُ الغير على ما يكرهُهُ بالوعيد والإلزام والإجبار على ما يَكْره الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم على عدم الرضا ليرفع ما هو أضرّ[5].

وقد عرّفه القانون المدني الأردني في المادة (١٣٥) : " هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً "

---

(١)البخاري، علاءء اليدن، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (المتوفى٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار** عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، نشر ١٤١٨هـ-١٩٧٩م، ج٤ ص٥٣٨، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.

(٢)ابن عابدين، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٥ ص١٠٩.

(٣)التفتازاني، الشافعي، سعد الدين مسعود بن عمر،(المتوفى٧٩٣ه)، نشر ١٤١٦ه-١٩٩٦م، **شرح التلويح على التوضيح** لمتن التنقيح في أصول الفقه تحقيق زكريا عميرات ط١ ج٢ ص٤٠٦ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

(٤)الرملي، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٢.

(٥)الجرجاني، **التعريفات**، مصدر سابق، باب الألف ص٥٠.

المطلب الثاني

أنواع الإكراه

للإكراه أنواع متعددة باعتبارات مختلفة، فيكون في الأفعال، ويكون في الأقوال :

أولاً : الإكراه في الأفعال :

والإكراه في الأفعال نوعان ملجئٌ وغير ملجئ[1]:

١-الإكراه الملجىء وهو الكامل، الذي لا يكون فيه للفاعل إرادة البَتّة ولا اختيار أو قُدرة كمن حلف لا يدخل دار زيد مثلاً فقهرَهُ من هو أقوى منه وكبّلَه وحمله حتى أدخلَه فيها أو هدّده بما يلحق به ضرراً في نفسه أو في عضوٍ من أعضائه، فهو إكراه يعدم الرضا ويُفسد الاختيار مثاله التّهديد بالقتل أو قتل من يهمّه أمره أو التخويف بقطع عضو أو ضرب مبرّح يخاف معه من إتلاف نفس أو عضو، فهذا غير مكلف إجماعاً ولا إثم عليه ، وحكم هذا النوع أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار[2]. أما إعدامه للرضا، فلأنّ الرضا هو الرغبة في الشيء والارتياح إليه، وهذا لا يكون مع أي إكراه. وأمّا إفساده للاختيار دون إعدامه، فلأنّ الاختيار هو : القصد إلى فعل الشيء أو تركه بترجيح من الفاعل، وهذا المعنى لا يزول بالإكراه، فالمكره يوقع الفعل بقصده إليه، إلاّ أنّ هذا القصد تارة يكون صحيحاً سليماً، إذا كان منبعثاً عن رغبة في العمل، وتارة يكون فاسداً، إذا كان ارتكاباً لأخَفِّ الضّررين، وذلك كمن أكره على أحد أمرين كلاهما شر، ففعل أقَلّهما ضرراً به، فإنّ اختياره لما فعله لا يكون اختياراً صحيحاً، بل اختياراً فاسداً [3].

٢-الإكراه غير الملجىء وهو النّاقص فهو كمن أُكره بضربٍ أو غيره حتى فعل. أو التّهديد بما لا يضرّ بالنّفس أو العضو كالتّخويف بالحبسّ أو الضرب اليسير الذي لا يخشى معه تلف أو إتلاف بعض المال، وحكم هذا النوع أنّه يعدم الرضا ولكن لا يُفسد

---

(١)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٥ ص١٨١

(٢)الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مصدر سابق، ج١ ص٣٩٦.

(٣)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٥ ص١٨١.
الأنصاري، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٢
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٨ ص٢٦٠.

الاختيار، وذلك لعدم اضطرار المُكرَه إلى الإتيان بما أُكرِهَ عليه، لتمكُّنِه من الصّبر على تّحمّل ما هُدّد به بخلاف النوع الأول. فهذا وقع فيه خلاف بين أهل العلم، سببه أنّ هذا المُكره يستطيع الفعل والترك، فهو مختار للفعل ولكن ليس غرضه نفس الفعل وإنّما مرادُه دفع الضّرر عن نفسه [١].

وقد جاء في المادة (١٣٦) من القانون المدني الأردني : " يكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق يلحق بالجسم أو المال، ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما دون ذلك ".وفي المادة (٩٤٩) من دُرر الحكام : " الإكراه على قسمين : الأول هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدّي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو والثاني هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغمّ والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح..." [٢].

والضرب الذي يعدّ إكراهاً ملجئاً هو الضرب الذي يؤدي إلى تلف النفس أو تلف عضو على الوجه المذكور. وقد قال بعض العلماء في تعيين مقدار هذا الضرب أنه يلزم التهديد بما لا يقل عن أربعين جلدة.

وفي المادة (١٣٧) من القانون المدني الأردني : " التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم، والتهديد بخدش الشّرف يعتبر إكراهاً، ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال ".

والإكراه بنوعيه يعدم الرضا إنّما الملجئ يفسد الاختيار بعكس غير الملجئ فلا يفسد الاختيار، كما في المادة (١٣٨) من القانون المدني الأردني : " الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ".

---

(١)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٢٤ ص٤٨.
الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٧ ص١٧٥.
ابن عابدين **الحاشية**، مصدر سابق، ج٥ ص٨٠-٨٩.
حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، ج٢ ص٥٨٩.
ابن الهمام، **فتح القدير**، مصدر سابق، ج٧ ص٢٩٨.
الدردير، **الشرح الصغير**، مصدر سابق، ج٢ ص٥٤٦.
الغزالي، **المستصفى**، مصدر سابق، ج١ ص٩١.
ابن رجب، **جامع العلوم والحكم**، مصدر سابق، ج١ ص٣٧٥.
(٢)حيدر، **درر الحكام**، مصدر سابق، ج٢ ص٥٨٩.

كما يجوز أنْ يقع الإكراه بالتّهديد بإلحاق الأذى بشخص آخر ليس طرفاً في العقد، ولكن التهديد بإلحاق الأذى به من شأنه أنْ يُحدث الرهبة التي تحمل على إتيان العقد المقصود كأنْ يهدّد شخص بخطف ابنه إن لم يأتِ تصرفاً ما(1).

ثانياً : الإكراه في الأقوال :

اتّفق العلماء على صحة الإكراه في الأقوال، وأنّ من أُكره على قول محرّم إكراهاً معتبراً أنّ له أنْ يفتدي نفسَه به ولا إثم عليه، والإكراه متصوّر في سائر الأقوال ، فمتى أُكره على قول من الأقوال لم يترتب عليه حكم من الأحكام وكان لغواً(2)، وقد اختلف الفقهاء في أثر الإكراه في التّصرفات القولية على ثلاثة أقوال :

1-ذهب **الحنفية** إلى التّفريق بين ما يَحتمل الفسخ كالبيع والإجارة فيفسخ ، وما لا يَحتمل الفسخ كالطّلاق والعتاق والنّكاح فهو لازم، فمن أُكره على البيع ففعل فهو بالخيار إنْ شاء أمضى البيع وإنْ شاء فسخه ورجع بالمبيع بخلاف ما لا يحتمل الفسخ(3).

قال تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾ ﴾ (سورة النساء: الآية 1) **وقوله تعالى:** ﴿...فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ...﴾ (سورة الطلاق: الآية 1).. وردت الآيتان في شرعيّة النّكاح والطلاق دون تخصيص أو تقييد بإثبات الخيار للعاقد الُمكرَه فيُعمل بعمومهما.

---

(1)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ج1 ص139.

(2)ابن القيم، الدمشقي، الزرعي، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر (المتوفى 751هـ)، نشر 1415هـ-1994م، تحقيق شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط، **زاد المعاد في هدى خير العباد**، ط27 ج5 ص205 مؤسسة الرسالة.

ابن رجب، **جامع العلوم والحكم**، مصدر سابق، ج1 ص376

(3)ابن الهمام، **تكملة فتح القدير**، مصدر سابق، ج8 ص166.

الحصكفي، **الدر المختار ورد المحتار**، مصدر سابق، ج2 ص421.

أمّا العقود القابلة للفسخ كالبيع والشراء والإجارة فقد اختلف الحنفية في حكمها على رأيين

١)ذهب أبو حنيفة والشيخان إلى أنّ الشخص إذا أُكره على مثل هذه العقود إكراهاً ملجئاً أو غير ملجئ يقع العقد فاسداً، ويثبت للمكره الخيار إذا زال الإكراه، واستدلّوا بقوله تعالى : ﴿..إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡۚ ...﴿٢٩﴾ ﴾ (سورة النساء: الآية ٢٩). وجه الدلالة من الآية الكريمة إلى أنّ الرضا من شروط صحة.

٢)ذهب **زُفر** من الحنفية أنّ تصرّف الُمكرَه موقوفٌ على إجازته عند زوال الإكراه عنه، كتصرّف الفضولي[(١)].

٢-ذهب **المالكية**[(٢)] إلى أنّ تصرفات الُمكرَه صحيحة وغير لازمة، فهو بالخيار إنْ شاء أمضى العقد وإنْ شاء فسخه، فهو صحيح منْ جهة توفّر أركانه من عاقد ومعقود عليه وصيغة دالّة على الرضا، وغير لازم من جهة أخرى.

٣-ذهب **الجمهور**[(٣)] **من الشافعية والحنابلة والظاهرية** إلى بطلان تصرّفات الُمكرَه سواء أكانت قابلة للفسخ أو غير قابلة للفسخ، فقد ذكر في تقرير الاستدلال بالآية الكريمة :

﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ...﴾ (سورة النحل: الآية ١٠٦) : أنّ الله سبحانه وتعالى لما وضع الكفر عمّن تلفّظ به حال الإكراه أسقط عنه أحكام الكفر، كذلك سقط عن المكره ما دون الكفر، لأنّ الأعظم إذا سقط سقط ما هو دونه من باب أولى[(٤)].وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنّ رسول الله ﷺ قال : (إنّ الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكرِهوا عليه) [(٥)].

---

(١)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٥ ص١٨٢. المرغيناني، **الهداية**، مصدر سابق، ج٩ ص٢٣٥.

(٢)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٤٨.

(٣)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٧.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص١٥٠.
ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٩ ص٢١.

(٤)الشافعي، **الأم**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٣٦.
الصنعاني، **سبل السلام**، مصدر سابق، ج٣ ص ١٧٧.

(٥)ابن ماجه، **السنن**، مصدر سابق، رقم (٢٠٤٣)، ج٣ ص١٩٩.

قال ابن القيم : ".. وعلى هذا فكلام المُكرَه كلّه لغو لا عبرة به، وقد دلّ القرآن على أنّ من أُكره على التكلّم بكلمة الكفر لا يكفُر، ومن أُكره على الإسلام لا يصير به مسلماً، ودلّت السنّة على أنّ الله سبحانه تجاوز عن المكره فلم يؤاخذه بما أكره عليه ، وهذا يُراد به كلامه قطعاً وأمّا أفعاله ففيها تفصيل - إلى أنْ قال - والفرق بين الأقوال والأفعال في الإكراه، أنّ الأفعال إذا وقعت لم ترتفع مفسدتها، بل مفسدتها معها بخلاف الأقوال، فإنّها يمكن إلغاؤها وجعلها بمنزلة أقوال النائم والمجنون، فمفسدة الفعل الذي لا يباح بالإكراه ثابتة بخلاف مفسدة القول، فإنّها تثبت إذا كان قائله عالماً به مختاراً له"[1]

الراجح :

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور وهو القول بإبطال العقد غير القابل للفسخ كالنكاح والطلاق، لما استدلوا به من أنّ الرضا شرط لصحة العقود وبفواته يبطل العقد.

أمّا العقود القابلة للفسخ فالذي يترجّح ما ذهب إليه زُفر وهو أنّ عقد المكره موقوفاً، إن أجازه جاز وإلاّ فلا.

يقول الأستاذ الزّرقا : " إنّما يُخلّ بحقّ المُستَكْرَه ومصلحتِه، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النّفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه".[2]

وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية كما في المادة (١٠٠٦) منها : " لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراه معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصّلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة ملجئاً كان الإكراه أو غير ملجئ، ولكنْ لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر"[3]. وقد أخذَ القانونُ المدني الأردني برأي زُفر لأنّه أوجه وأقوى، كما في المادة (١٤١) منه : " من أُكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً "[4].

ابن حبان، **صحيح ابن حبان،** مصدر سابق، رقم(٧٢١٩)، ج١٦ ص٢٠٢، وقال إسناده صحيح على شرط البخاري ورجاله ثقات رجال الشيخين غير بشر بن بكر فمن رجال البخاري.

(١)ابن القيم، **زاد المعاد،** مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٥-٢٠٦.

(٢)الزرقا، **المدخل الفقهي العام،** مصدر سابق، ج١ ص٤٠١.

(٣)علي، درر **الحكام شرح مجلة الأحكام،** مصدر سابق، ج١٠ ص٨٠.

(٤)**المذكرات الإيضاحية،** مصدر سابق، ج١ ص١٣٣.

المطلب الثالث

شروط الإكراه

١-أنْ يكون المُكره قادراً على تنفيذ ما هدد به ما يتحقّق الرهبة لدى المُكرَه، سواء أكان من السلطان أم من غيرهم، فإنْ لم يكن قادراً على تنفيذ ما هَدّد به لعجزه أو لتمكن المستكرَه من الهرب، فلا يتّحقق الإكراه[1].

يكون القصد من الإكراه الوصول إلى غرض غير مشروع فإذا كان القصد غرض مشروع فلا يتحقق الإكراه، فإكراه الشخص على أداء الحق الذي عليه لا يكون إكراهاً معتبراً ولا يؤثر في التصرف الذي يؤدي به الحق ويكون الإكراه هنا إكراهاً بحق أو جبراً شرعياً. كما جاء في المادة (١٣٩) من القانون لمدني الأردني : " يختلف الإكراه باختلاف الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الإكراه شدة وضعفاً "

قال أبو حنيفة : لا إكراه إلاّ من السلطان، لأنّ الإكراه من السلطان لا يتمكن من تحقيق ما هدّد به[2].

وقال الجمهور وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : يتحقق الإكراه من السلطان ومن غيره، لأنّ إلحاق الضرر بالغير يمكن أنْ يتحقّق من كل متسلّط[3].

وفي المادة (١٤٠) من القانون المدني الأردني في شقّها الأول : "يشترط أنْ يكون المُكرِه قادراً على إيقاع ما هَدّد به "

٢-أنْ يغلب على ظنّ المستكره نزول الوعيد به وأنّ المُكرِه سينفّذ ما هدّد به إن لم يتحقق ما هدّده به، والعجز عن التخلص من تهديده أو دفعه أو الاستغاثة أو المقاومة والهرب منه[4].

---

(١)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج١٠ ص٣٥٣.
ابن حزم، **المحلّى**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٤٩.
(٢)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق، ج٩ ص٩٩.
(٣)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١١٩.
(٤)ابن حجر، **فتح الباري**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٠.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩.
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٢١٦.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج١٠ ص٣٥٢.

وفي المادة (١٤٠) من القانون المدني الأردني في شقها الثاني : " وأنْ يغلب على ظنِّ المكره وقوع الإكراه عاجلاً إن لم يفعل ما أكره عليه ".

٣-أنْ يكون الأمر المكَره به متضمّناً إتلاف نفس أو عضو أو مال أو متضمّناً أذى بعض النّاس الّذين يهمّه أمرُهم، ممّا يلحق به الضّرر، كالتّهديد بحبس الزوجة أو الوالدين، أو يلحق به غماً يعدم الرضا بحسب حاله، فمن الناس من يغتمّ بكلام خشن، ومنهم من لا يغتمّ إلا بالضّرب المبرح[1].

وتقدير ذلك أمر يتوقف على حالة الشخص الذي يقع عليه الإكراه، فضعيف الجسم لا يحتمل ما يحتمله القوي، ووجود العلاقة الوثيقة ما بين الوسيلة التي تستعمل للإكراه والعمل الذي يراد الإكراه على إتيانه، إذا يجب أن يتناسب هذا العمل مع تلك الوسيلة"[2].

١- أنْ يكون المستكرَه خالف المكرِه بفعل غير ما أكرَهَه عليه أو الزيادة عليه أو النقصان، وإلاّ كان طائعاً غير مكره، وهو رأي الشافعية والمالكية[3].

فلو أُكره على طلاق زوجته فباع داره أو طلاق زوجته رجعياً فطلقها ثلاثاً، فهذه ليست من الإكراه في شيء.

والمخالفة بالنُّقصان عند الحنفية والحنابلة[4]، بأنْ يأتي الشخص أنقص مما أكره عليه تجعله مكرهاً غير مختار، وفي الزيادة أو فعل غير مكره عليه عند الشافعية والمالكية هو مختار غير مكره.

٢- أنْ لا يكون المكرَه عليه حقاً للمكره كتهديد الزوج زوجته بطلاقها إنْ لم تبرئه من دينها، فهو ليس إكراه، وقال البعضُ أنّه إكراه لأنّ الزوج سلطان زوجته فيتحقّق منه الإكراه، ولم يشترط الحنابلة هذا الشرط[5]

ابن حزم، **المحلّى**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٤٩.

(١)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٦٧.

ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٢ ص٦١.

الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٨٩.

(٢)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١ ص١٤٠.

(٣)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٤ ص١١

العدوي، **حاشية العدوي**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٤.

(٤)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٧ ص١٩١.

المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج١٢ ص١٣٣.

(٥)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٢٩٠.

الحصكفي، **الدر المختار** ج٥ ص٨٩.

المبحث الثاني

الغلط[1]

المطلب الأول

مفهوم الإكراه

أولاً : الغلط في اللغة :

الغلط : غَلَطَ محرَّكةً : أَنْ تَعْيا بالشَّيْءِ فلا تَعْرِفَ وَجْهَ الصَّوابِ فيه[2]، غلط في الأمر، يغلط غلطاً، وأغلطه غيره[3]. والغلط والغلت سواء وغَلِتَ، بالتَّاءِ الفوقِيَّةِ : في الحِسابِ، غَلَطاً وغَلَتاً، كما نَقَلَهُ الجَوْهَرِيّ عن العَرَبِ ورجل غلوت في الحساب : كثير الغلط والتغليط، أن تقول للرجل (غلطتَّ).

وزادَ اللَّيْثُ : مِنْ غير تَعَمُّدٍ، وقد غَلِطَ، كفَرِحَ، يَغْلَطُ غَلَطاً، في الحِسابِ، وغيرِه، أَو غَلِطَ، بالطَّاءِ : خاصٌّ بالمَنْطِقِ، وبعضُهُم يقول : الغَلَط : في الحِسابِ وفي كلِّ شيءٍ، والغَلَت : لا يكونُ إلاَّ في الحِسابِ[4].

قال ابن فارس : الغين واللّام والطاء كلمةٌ واحدة، وهي الغَلط : خلاف الإصابة. يقال : غَلِط يَغْلَط غَلَطاً. وبينهم أُغلوطةٌ، أي شيءٌ يُغالِط به بعضُهم بعضاً[5].

ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٠.

١ الغلط عند الفقهاء يختلف عنه في القانون، والفقهاء عبّروا عن الغلط بما يرادف الخطأ أمّا فهو يشمل الخطأ والوهم وغيره .

(٢)ابن منظور، **لسان العرب** (باب الطاء فصل الغين)،، مادة غلط، ج٢ ص٦٤.

(٣)الجوهري، الفرابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد، **الصحاح في اللغة والعلوم**، تجديد الصحاح للعلامة الجوهري، المصطلحات العلمية والفنية للجامع والجامعات العربية، تقديم العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، أعداد وتصنيف نديم مرعشلي، اسامة مرعشلي، مادة غلط، ج٢ ص٢٠٥ دار الحضانة العربية، بيروت

(٤)الزبيدي، **تاج العروس** من جواهر القاموس، مصدر سابق، باب غ ل ط ج١٩ ص٥١٧.

ابن منظور ،**لسان العرب**، مصدر سابق، باب غلط ج٧ ص٣٦٣.

(٥)ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، مصدر سابق، غلط ٣٩٠/٤.

وقال الليث : الغلَطُ : كلّ شيء يعيا الإنسان عن جهةِ صوابه منْ غير تعمُّد، والأغلوطَةُ : ما يُغْلَطُ فيه من المسائل وجمعها أُغلوطاتٌ وأغاليط[١].

ثانياً : الغلط في الاصطلاح :

عند الحنفية : كما في تيسير التحرير، الغلط : هو أنْ يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به الجناية، كالمضمضة تسري إلى حلق الصائم، فإنّ المحلّ الذي يقصد به الجناية على الصوم إنّما هو الحلق ولم يقصد بالمضمضة بل قصد بها الفم، وكالرّمي إلى صيد فأصابَ آدميا، فإنّ محل الجناية هو الآدمي ولم يقصد بالرمي بل قصد غيره وهو الصيد[٢].

عند المالكية : فرّق بعض المالكية بين الخطأ والغلط وهو أنّ متعلق الخطأ الجنان، ومتعلق الغلط اللسان[٣]. ولكنّهم قالوا يأتي الغلط بمعنى الخطأ ويأخذ حكمه.

والمالكية يعبّرون عما يتعلق بالاعتقاد بلفظة الغلط، كما في الغلط في المبيع، وتأتي تعبيراتهم مختلفة أحياناً، فمنهم من يعبّر بلفظة الخطأ، ومنهم من يعبّر عن ذات المسألة بلفظة الغلط، كما في الحج والوقوف بعرفة، وفي كثير من المسائل كمسائل الشهادة والرجوع عنها.

وفرّق أبو هلال العسكري بين الخطأ والغلط فقال : إنّ الغلط هو وضع الشيء في غير موضعه، ويجوز أنْ يكون صواباً في نفسه، والخطأ لا يكون صواباً على وجه. ثم قال : وقال بعضهم : الغلط أنْ يَسهى ترتيب الشّيء وأحكامه، والخطأ أنْ يسهى عن فعله، أو أن يوقِعَه من غير قصد له ولكنْ لغيره [٤].

عند الشافعية : كما في شرح التلويح على التوضيح الخطأ : هو فعل يصدر من الإنسان بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه[٥].

---

(١)الأزهري، **تهذيب اللغة**، مصدر سابق، ج٨ ص٨٢.

(٢)أمير بادشاه، الحنفي، البخاري، محمد أمين بن محمود، (المتوفى٩٧٢ه)، **تيسير التحرير**، ج٢ ص٤٤٢ دار الفكر بيروت.

(٣)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٢ ص١٤٢.

(٤)العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل ين سعيد بن يحيى بن مهران، (المتوفى ٣٩٥)، **الفروق اللغوية**، تحقيق محمد إبراهيم سليم، ص٥٥، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع القاهرة.

(٥)التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح** لمتن التنقيح في أصول الفقه، مصدر سابق، ج٢ ص٤١٢.

وعند الأستاذ الزرقا من **المعاصرين** : الغلط توهم يتصور العاقد المعقود عليه على غير حقيقته أثناء التعاقد، فيحمله ذلك على أبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه(١).

ثالثاً : مفهوم الغلط وتكييفه القانوني :

الغلط في القانون وَهمٌ يقوم في ذهن المتعاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع مما يدفعه إلى التعاقد، وقد عرّفه فقهاء القانون كما يأتي :

١-**السنهوري** يرى: أنّ الغلط وهم يقوم في نفس المتعاقد فيحملها على التعاقد أو أنّه حالة تقوم بالنّفس تحمل على توَهّم غير الواقع فإمّا أنْ تكون واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحّتها أو واقعة غير صحيحة يتوهّم الإنسان صحتها(٢).

٢-**الحفناوي** يرى : أنّ الغلط وهم يقوم في نفس المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته الواقعية بحيث يدفعه إلى اتخاذ سلوك معيّن إيجاباً كان أم سلباً وسواء تعلّق هذا الأمر بالهدف أم الباعث أو بالعناصر على أنْ يكون له أهمية قانونية(٣).

٣-**الجبوري** يرى : أنّ الغلط وهمٌ يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير الواقع والحقيقة ويكون هو الدافع إلى التعاقد(٤).

نلاحظ أنّ التعريفات التي جاء بها الفقهاء المسلمون المعاصرون تكاد لا تختلف عن تعريفات فقهاء القانون الوضعي بل تكاد تكون مطابقة لها كما أنّ جميع ما ذكره الفقهاء من تعريفات انصبّت على تعريف الغلط بأنّه وهم في أي شيء موجود داخل نفس الإنسان فهذه التعريفات جميعها بمعنى واحد ويترتب عليها الأثر ذاته.

التعريف المختار : هو أنّ الغلط : وَهْمٌ يقوم في نفس المتعاقد تحمله على توهم غير الواقع وهذا الوهم إمّا أنْ يكون واقعة صحيحة يتوهّم الإنسان عدم صحتها أو واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها(٥).

---

(١)الزرقا، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصدر سابق، ص٤٢١.

(٢)السنهوري، **الوسيط** في شرح القانون المدني، المجلد الأول، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٢٨٩.

(٣)الحفناوي، د. عبد المجيد، نشر ١٩٧٤م، **نظرية الغلط في القانون الروماني**، ص٥. منشأة المعارف الإسكندرية مصر.

(٤)الجبوري، د. ياسين محمد، نشر ٢٠٠٢م، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ط١ ج١ ص٤٥٣، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن

(٥)السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ص٢٨٩.

وقد نصّت معظم القوانين على اعتبار الغلط في القانون عيباً من عيوب الرضا التي تؤثر على سلامة الإرادة عند إبرام التصرفات القانونية، كما نصّ على ذلك في القانون المدني الأردني في المادة (١٥٤) : " للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في القانون وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين (١٥١) و (١٥٣) ما لم يقض القانون بغيره " والقانون المدني المصري في المادة (١٢٢)، وذلك نقلاً عما هو مستقَرٌّ عليه في الفقه والقضاء الفرنسيين.ولا يُقدح في صحّة الأخذ بفكرة الغلط في القانون كعيب يرد على الرضا القول بوجود قاعدة أخرى تقضي بأنّ الجهل بالقانون لا يقبل عذراً، فقد يعترض على الاعتداد بفكرة الغلط في القانون أنّها تتعارض مع قاعدة "لا يعذر أحد بجهله بالقانون"[(١)]، هذه القاعدة الأخيرة التي تعتبر من القواعد القانونية المسلّم بها في معظم الأنظمة القانونية سواء ورد فيها نص أو لم يردّ، فهي تمثل ضرورة اجتماعية لدفع الأشخاص إلى العلم بالقانون بما يوفر الاستقرار القانوني للمجتمع، فلا يُقبل منْ أحدٍ الادّعاء بالجهل بالقانون للإفلات من انطباقه عليه، فقاعدة " لا يعذر أحد بجهله بالقانون " تظهر لضمان تطبيق القانون على جميع الأشخاص المخاطبين به، أمّا فكرة الغلط في القانون فهي في الحقيقة لا تتعارض مع تلك القاعدة السابقة، فالاعتداد بالغلط في القانون يهدف إلى حماية إرادة المتعاقد من أنْ يشوبها عيب أثناء إبرام التصرفات القانونية دون أنْ يكون هناك استبعاد لتطبيق القانون، ففكرة الغلط في القانون تهدف إلى التطبيق الصحيح للقانون على الشخص الذي يتمسك به.

ومن الأوصاف المشروطة في العقد دلالة خلو المعقود عليه من العيب، كما جاء في البدائع : "السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصّاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار.. ولأنّ السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل فقد اختلّ رضاه "[(٢)].

(١)هذه القاعدة تم النص عليها في التشريعات الجزائية خاصة حيث تنص المادة (٨٥) من قانون العقوبات الأردني بالقول : "لا يعتبر جهل القانون عذرا لمن يرتكب أي جرم"

(٢)الكاساني، **البدائع**، مصدر سابق، ج٧ ص٢٦٦.

فكان من الضروري إظهار إرادة العاقد أثناء التعاقد لاستقرار المعاملات بين الناس، وحتى لا يأتي كل من اشترى ما لم يعجبه يعلن أنّه قد غلط أثناء التعاقد[1].

وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني كما في المادة (١٥١) : " لا يعتبر الغلط إلاّ فيما تضمنته صيغة العقد أو دلّت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العُرف "[2]

كما أنّ الاعتداد بالغلط في القانون كعيب في الرضا لا يقتصر على مجرّد الادعاء به من قبل الشخص الواقع فيه، بل لا بدّ من توافر مجموعة من الشروط منها العامّة والتي نص عليها القانون صراحة بأنْ يكون الغلط في القانون جوهرياً دفع المتعاقد إلى الارتضاء بالتعاقد، وأنْ يتّصل الغلط في القانون بالمتعاقد الأخر، ومنها أيضاً الخاصة والتي وإنْ لم ينصّ القانون عليها صراحة إلاّ أنّ الفقه والقضاء قد استقرّ على وجوب توافرها بالغلط في القانون بأنْ يكون المتعاقد الذي وقع في الغلط معذوراً في غلطه، وأنْ يهدف إلى تطبيق القانون لا استبعاده، وأنْ لا تكون القاعدة القانونية محل الغلط في القانون مختلف في تفسيرها أو أنْ تقضي باستبعاد الغلط في القانون في بعض الحالات.

فإذا تحقّق الغلط في القانون على هذه الصورة وتوافرت فيه شروطه العامة والخاصة، فإنّه يترتب على ذلك إعطاء المتعاقد الواقع فيه الحق في التخلص من العقد الذي أبرمه تحت تأثير ذلك الغلط من خلال إعطاءه الحق في طلب فسخ العقد.

---

(١)الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مصدر سابق، ج١ ص٤٣٠.

(٢)**المذكرات الإيضاحية**، مصدر سابق، ١٥١.

المطلب الثاني

شروط الغلط

أولاً : أنْ يكون الغلط جوهرياً :

يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ في نظر المتعاقد الذي وقع فيه حدّ من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، فالعبرة إذاً لمعرفة ما إذا كان الغلط جوهرياً بشخص المتعاقد الذي وقع فيه.. والغلط الجوهري الذي يعيب الإرادة قد يكون في صفة جوهرية في الشّيء أو في شخص المتعاقد كما قد يكون في القيمة أو في الباعث أو في القانون.وتحديد الغلط الجوهري أي الغلط الذي يُفسد الإرادة ويعيب الرضا يكون بالأخذ بالمعيار الذي أخذ به الفقه الإسلامي، وهو الذي يعَبّر عنه بالغلط الذي يؤدّي إلى فوات وصف مرغوب فيه في محل العقد أو في المتعاقد ذاته أو صفة من صفاته وذلك ما تدل عليه الإرادة الصريحة في العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء(١).فقد تكون هذه الصفة جوهرية في نظر شخص ولكنّها ليست كذلك في نظر شخص آخر إذ أنّ الجوهرية مسألة نفسية وليست مادية أو موضوعية يضفيها المتعاقد على الشيء أي أنّ هذه الصفة هي الدافع إلى التعاقد(٢)، فإنهّا تكون محل اعتبار في الشيء عند التعاقد، أي أنّ المعيار هنا ذاتي ونفسي، لذلك يجب البحث عن قيمة المتعاقد عليه لمعرفة إلى أي مدى كان الغلط جوهرياً بالنسبة له، فالعبرة أذن أنْ يكون الغلط جوهرياً حتى يمكن الاعتداد به واعتباره عيباً من عيوب الإرادة، ويكون كذلك أذا كان هو الدّافع الرئيس إلى التعاقد بحيث لو انتبه إليه المتعاقد منذ البداية لما أقدم على أبرام التصرف القانوني(٣).

---

(١)الناهي، د. صلاح الدين، **الخلاصة الوافية في القانون المدني**، ١٩٦٨، مبادئ الالتزامات، ص٦٤ مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد.

(٢)أبو السعود، د. رمضان، ١٩٨٦، **مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني**، ص١١٧، الدار الجامعية، بيروت.

(٣)السنهوري، **الوسيط** في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص٣٩٢.

حكمه في القانون أنّه عقد غير لازم كما جاء في المادة (١٥٣) من القانون المدني الأردني : " للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه "[١].

ثانياً : اتصال المتعاقد الآخر بالغلط : حتى يكون لمن وقع فيه أنْ يطلب إبطال العقد بل يجب أنْ يكون المتعاقد الآخر قد اتّصل بالغلط والقول بغير هذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات إذا يفاجأ المتعاقد بالأبطال دون أنْ يكون في استطاعته أنْ يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر لذلك ذهب رأي إلى أنّ استقرار التعامل يتطلّب أنْ يكون الغلط مشتركاً أي وقع فيه كل من المتعاقدين ولكن غالبية الفقهاء لم يقبلوا فكرة الغلط المشترك لأنَّ استقرار التعامل لا يتطلب بالضرورة أن يكون الغلط مشتركاً بل يكفي أنْ يكون الغلط فردياً طالماً أن المتعاقد الآخر كان يعلم بهذا الغلط وترك مع وقع في غلط دون أنْ ينبهه إلى ذلك.

ثالثا : أنْ يكون الغلط دافعاً إلى التعاقد :

إنّ المقصود بالغلط الدافع إلى التعاقد، هو ذلك الغلط الذي لو علم به المتعاقد لمّا أقدم على إبرام العقد وما كان ليرضى بالعقد لو علم أو أدرك حقيقة الأمر الذي انْصبَّ عليه التعاقد. وسواء انصبّ الغلط الدافع إلى التّعاقد على مادة الشيء أو على شخصية المتعاقد أو على صفة من صفاته كانت هي الدافع السبب الرئيسي الدافع للتعاقد[١].

ويكون المعيار في هذه الحالة هو المعيار الشخصي أو الذّاتي ويختلف بحسب الثقافة والظروف والبيئة والسنّ ويكون للقاضي سلطة تقديرية في تقرير كون الغلط دافعـاً إلى التعاقد أم لا ٠

---

(١)**المذكرات الإيضاحية**، مصدر سابق، ج١ ص١٥٥.

المبحث الثالث

التدليس(1)

المطلب الأول : مفهوم التّدليس :

أولاً : التدليس في اللغة : مصدر دلْس، الدال واللام والسين أصلٌ يدلُّ على سَتْرٍ وظُلْمة. و دالَسَ مُدالسة ودلاساً ودَلَّس في البيع وفي كل شيء إذا لم يبيّن عيبه والدَّولَسي الذريعة المدلسة، فالدَّلَس : دَلَسُ الظَّلام. ومنه قولهم : لا يُدالِسُ، أي لا يُخادع. ومنه التَّدْليس في البيع، كتْمَان عيب السلعة عن المشتري وهو أنْ يبيعَه من غير إبانةٍ عن عيبه، فكأنّه خادَعَه وأتاهُ به في ظلامٍ.

دلَّس البائع تدليسا كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه، قاله الخطابي وجماعة ويقال أيضا دَلَسَ دلساً من باب ضَرَبَ والتشديد أشهر في الاستعمال، والدُلْسة بالضم الخديعة أيضاً وقال ابن فارس وأصله من الدّلس وهو الظلمة(2).

ثانياً : التدليس في الاصطلاح :

هو توصيف المبيع للمشتري بغير وصفه الحقيقي، ويستعمل في الفقه الإسلامي إلى جانب مصطلح التّدليس بمعناه السابق مصطلح التغرير ويعني إخفاء عيب في أحد العوضين في عقود المعاوضة.

---

(1)عرف التدليس بهذا الاسم عند المالكية والشافعية وقد خصه الحنابلة والشيعة الإمامية بخيار خاص أطلق عليه اسم خيار التدليس وعُرف عند الحنفية بالتغرير أو الغرور (ابن عابدين، الحاشية، مصدر سابق، ج٥ ص١٤٤. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج٣ ص٦٩. العاملي، زين الدين الجبعي، محمد بن جمال الدين مكي، الروضة البهية، ج٣ ص٥٠٠، دار العالم الإسلامي بيروت)

(2)مصطفى، ومجموعة، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، ج١ ص٢٩٣ باب الدال.

الزبيدي، **تاج العروس** من جواهر القاموس، مصدر سابق، ج١٦ ص٨٤ باب (د ل س)

ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج٦ ص٨٦ باب دلس.

ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٦٢ باب دلس.

الرازي، **مختار الصحاح**، ص٢١٨ باب الدال.

الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، مصدر سابق، ص٧٠٣ فصل الدال.

الفيومي، **المصباح المنير** في غريب الشرح الكبير، مصدر سابق، باب الدال مع الكاف وما يثلثهما.

المعجم الوسيط ٢٩٣/١ باب الدال.

وقد عرفه الفقهاء بعدة تعاريف :

عند المالكية : التدليس أنْ يعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري[(١)]. والمدلِّس هو الذي يعلم أنّ بالسِّلعة عيباً ويكتمه. وعرّفه الشيخ النفراوي بقوله : " التدليس هو كتمان عيب السلعة عن المشتري وقت العقد "[(٢)].

عند الشافعية : التّدليس المراد به إخفاء العيب الذي هو مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة. قال ألأزهري : التّدليس أنْ يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري بذلك العيب الباطن ويكتمه إياه فإذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلَّس[(٣)].

عند الحنابلة : التدليس هو كتمانُ العيب في السلعة عن المشتري، أو فعلٌ يزيد به الثمن وإنْ لم يكن عيباً[(٤)]. وفي المغني : معنى دلَّس العيب كتمه عن المشتري مع علمه به أو غطّاه عنه بما يوهم المشتري عدمه، ومشتقٌّ من الدلسة وهي الظلمة فكأنّ البائع يستر العيب، وكتمانه جعله في ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به [(٥)].

وعند الشيعة الإمامية : التدليس هو تفعيل من الدلس وهو الظلمة كأن المدلس يُظلم الأمر ويُبهمه حتى يوهم غير الواقع[(٦)].

فالتدليس : العلم بالعيب وكتمانه. والتدليس في البيع : كتم البائع العيب عن المشتري مع علمه به مما يوهم المشتري عدمه[(٧)].

ونلاحظ مما تقدّم أنَّ المعنى اللّغوي يقاربُ المعنى الشرعيّ للتدليس، والظاهر أنّ الفقهاء عرّفوا التدليس بمعناه اللغوي وأنّ كُلاً من التغرير والتدليس مترادفان في المعنى،

---

(١)الدسوقي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٣ ص١٧٠.

القرطبي، النمري، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم (المتوفى٤٦٣هـ)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، نشر ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني ط٢ ج٢ ص٧١١، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية.

(٢)النفراوي، **الفواكه الدواني** على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مصدر سابق، ج٣ ص١١٠٢.

(٣)النووي، **المجموع**، مصدر سابق، ج١٢ ص١١٥.

(٤)البهوتي، **كشاف القناع** عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج٣ ص٣٠١.

ابن مفلح، **المبدع**، مصدر سابق، ج٣ ص٤١٩.

(٥)ابن قدامة، **المغني**، ج٤ ص٢٦٢.

(٦)العاملي، محمد جمال الدين مكي (المتوفى ٧٨٦هـ)، **اللمعة الدمشقية**، ج٣ ص٥٠٠.

(٧)أبو جيب، **القاموس الفقهي** لغة واصطلاحاً، مصدر سابق، ص١٣٢.

ومما يدلُّ على استعمال بعض الفقهاء اللّفظين في مكان واحد أنّ البائع دُلّس عليه فكان مغروراً من جهته[1]. وذكر الأستاذ الزرقا أنّ التغرير هو : استخدام أحد العاقدين أساليب خداع فعلية أو قولية لإيهام العاقد الآخر غير الواقع وحمله على إبرام العقد[2].

ثالثاً : التّدليس في القانون :في القانون جاء مصطلح التدليس بمعنى التغرير الذي هو خديعة توقع الشخص في وهم يدفعه إلى التعاقد، أو استعمال وسيلة احتيالية توقع المتعاقد في الغلط ويسمى في الحياة العملية (النصب).

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٦٤) أنّ التغرير : عبارة عن توصيف المبيع بغير صفته الحقيقية[3].

وقد عرّفه القانون المدني الأردني في المادة (١٤٣) بما نصّه : " التغرير هو أنْ يخدع احد العاقدين الأخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضَ به بغيرها "تغرير على وزن تفعيل وهو بمعنى الإخداع. ويقال للخادع غار وللمخدوع مغرور، وذلك كأنْ يقول البائع للمشتري : إنَّ مالي يساوي كذا وهو لا يساوي ذلك فخذه ، أو يقول المشتري للبائع : إنّ مالك لا يساوي أكثر من كذا ، وهو يساوي أكثر من ذلك ، فبِعه لي به. أمّا الغرور فهو أنْ يَخدع الإنسانُ نفسَه بنفسِه : وذلك كما لو باع البائع ماله بأنقص مما يساوي بدون تغرير من المشتري بقوله للبائع : إنّه لا يساوي أكثر من كذا [4].

(١)ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مصدر سابق، ج٦ ص٣٦٦.
(٢)الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مصدر سابق، ج١ ص٤٠٤.
(٣)حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، ج١ ص١١٢.
(٤)حيدر، المصدر السابق، ج١ ص١١٣.

المطلب الثالث

الألفاظ ذات الصلة بالتدليس

١-الخلابة :

أ) **معناها في اللغة :** هي : المُخادعة. وقيل : هي الخَديعة باللّسان والخداع بالقول اللطيف[(١)].والخلابة أعمّ من التّدليس، لأنّها كما تكون بستر العيب، قد تكون بالكذب وغيره.وفي الحديث قال ﷺ لرجل كانَ يُخدع في بيعه (إذا بايعت فقل لا خلابة)[(٢)] أي لا خداع[(٣)].

ب) **معناها في الاصطلاح :** عند الحنفية كما عرّفها ابن الهمام : الخلابة معناها الخداع[(٤)].عند المالكية كما عرّفها النقراوي: الخلابة الكذب في ثمن السلعة إمّا بلفظ أو كناية [(٥)].

وعند الفقهاء المعاصرين كما عرّفها الشيخ الزرقا بقوله : الخلابة أنْ يَخدع أحدُ العاقدين الآخرَ بوسيلةٍ موهمة قولية أو فعلية تَحمِله على الرضا في العقد مما لم يكن ليرضى به لولاهما[(٦)].

مما سبق نلاحظ أنّ الفقهاء عرّفوا الخلابة اصطلاحاً بنفس معناها اللغوي.

٢-التلبيس :

التلبيس من اللّبس، وهو : اختلاط الأمر. يقال : لَبّسَ عليه الأمر يلبِّسُه لَبْساً فالْتبس. إذا خلطه عليه حتى لا يعرف جهته، والتلبيس كالتدليس والتخليط، شدد للمبالغة[(٧)].

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج١ ص٣٦٣ باب خلب
الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، ص١٩٦ باب الخاء.

(٢)البخاري، **صحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم(٢١١٧) ج٣ ص٨٥.
مسلم، **صحيح الجامع**، مصدر سابق، رقم(٣٩٣٩) ج٥ ص١١.قال شعيب الإرناؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

(٣)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٦ ص٣.

(٤)ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٠.

(٥)النفراوي، **الفواكه الدواني**، مصدر سابق، ج٢ ص٨١.

(٦)الزرقا، **المدخل الفقهيي العام**، مصدر سابق، ج١ ص٤٠٤.

(٧)الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، ص٦٤٢ باب الميم.

والتلبيس بهذا المعنى أعمّ من التدليس، لأنّ التدليس يكونُ بإخفاءِ العيب، والتلبيس يكون بإخفاء العيب، كما يكون بإخفاء صفاتٍ أو وقائعَ أو غيرها ليست صحيحة.

٣-الغش :

أ) معناه في اللغة :

مصدر غَشَّه : إذا لم يمحّضه النصحّ، وزَيَّن له غير المصلحة، أو أظهر له خلاف ما أضمره. يقول ﷺ : (من غشنا فليس منّا) [١]. قال أبو عبيدة : ليس من أخلاقنا الغش[٢].

ب) معنى الغش في الاصطلاح :

عرفه ابن عرفة بقوله : الغشّ أنْ يوهم وجود مفقود مقصود بوجوده في المبيع أو يكتم وجود موجود مقصود فقده[٣].

وعرّفه النفراوي بقوله : أنْ يُحدث في السِّلعة ما يُوهم زيادتها أو جودتها كخلط اللبن بالماء وكسِقي الحيوان عند بيعه لِيُوهم أنّه سمين[٤].

فالغِشّ إظهار الشّيء على غير ما هو عليه. وهو أعمّ من التدليس لشموله كل طرق الاحتيال وقد قال ﷺ : (من غش فليس منّي) [٥].

ويكون الغشُّ في البيع والعقود وفي العاملات بأنواعها وهو شائع في عقود العمل.

٤-التغرير :

أ) في اللغة :

التغرير من الغرر، يقال : غرر بنفسه وماله تغريراً وتغرة : عرضهما لِلْهَلَكَة من غير أنْ يعرف. ويقال : غَرّه يغِرّه غراً وغُرُوراً وغرّة : خدعه وأطمعه بالباطل[٦].

---

(١)مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم(١٠١)، ج١ ص٩٩.

(٢)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج٦ ص٣٠٢ باب غشش.

(٣)الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٢٣.

(٤)النفراوي، **الفواكه الدواني**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٠.

(٥)مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم(٢٩٥)، ج١ ص٦٩.

(٦)الزبيدي، **تاج العروس**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٤٣. الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ج٢ ص٦٠٨.

ب) في الاصطلاح :

التغرير : إيقاع الشخص في الغرر، والغرر : ما انطوت عنك عاقبته و غَرَّهُ يغُره بالضمّ غُرُورا خدعه[1].

وهو الخطر الذي يلحقُ بوجود الشيء أو مقدره، فلا يُعرف إنْ كان هذا الشيء سيوجد، وإنْ وجدَ لا يعرف مقداره.

وعرّفه الأستاذ الزرقا بقوله : هو استخدام أحد العاقدين أساليب خداع فعلية أو قولية لإيهام العاقد الآخر غير الواقع وحمله على إبرام العقد[2].

فنرى أن التغرير يدور حول الجهالة في البيع أو الشك أو انطواء أو استتار العاقبة [3].

وفي مجلة الأحكام العدلية المادة (١٦٤) أنّ التغرير عبارة عن توصيف المبيع بغير صفته الحقيقية[4].

وفي القانون المدني الأردني تنصّ المادة (١٤٣) منه " أنّ التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى بغيرها[5].

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج٥ ص١١ باب غرر.

(٢)الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مصدر سابق، ج١ ص٤٠٤.

(٣)درادكة، د. ياسين أحمد إبراهيم، **نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية** ج١ ص٧٧.

(٤)حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، ج١ ص١٣٠.

(٥)**المذكرات الإيضاحية**، مصدر سابق، ج١ ص١٣٩.

المطلب الرابع

أنواع التدليس (التغرير)

أولاً : التغرير الفعلي :

وهو إحداثُ فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، أي تزوير الوصف في المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام(١).

وقد عرّفه المالكية كما في مواهب الجليل : التغرير الفعلي هو أنْ يفعل البائع فعلاً يظهر به المشتري كمالاً فلا يوجد(٢).

وفي حاشية البجيرمي : التغرير الفعلي عبارة عن فعل من البائع يضرّ المشتري ولا يظهر لغالب الناس، ولم ينسب المشتري في عدم معرفته إلى تقصير(٣).

وعرّفه الفقهاء المعاصرون بتعاريف متعدّدة منها :

ما ذكره الأستاذ الزرقا : التغرير الفعلي يكون بتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد في المعقود عليه مزية مصطنعة غير حقيقية(٤).

ويقول د.أحمد فراج حسين : التغرير الفعلي يكون بعمل من العاقد يقصد به إلى تضليل العاقد الآخر في حقيقة المعقود عليه(٥).

ويقول د.صبحي المحمصاني : التغرير الفعلي هو ما كان الغشّ فيه ناتجاً عن فعل أو تدليس(٦).

نستطيع أنْ نستخلص مما سبق تعريف التغرير الفعلي أنّه : فعل يقوم البائع به في إظهار سعته على غير حقيقتها وإيهام المشتري بكمالها.

---

(١)الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مصدر سابق، ج٤ ص٢١٨.

(٢)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٣٧.

(٣)البجيرمي، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٤٤.

(٤)الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مصدر سابق، ج١ ص٤١٠.

(٥)فراج، د.أحمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص٣٢٨.

(٦)المحمصاني، د. صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ص٤٢٦.

المطلب الخامس

تطبيقات وصور التدليس (التغرير) الفعلي

من أشهر التطبيقات وأهمّها على التغرير الفعلي والتي توسع في بحثها الفقهاء :

المصراة : التي هي ترك حلب الشاة أو الناقة مدة قبل بيعها ليجتمع اللبن في ضرعها فيظنها المشتري ذات لبن غزير فيشتريها لذلك[(1)].

١-حكم التصرية :

لا خلاف بين الفقهاء بتحريم التصرية لنهي النبي ﷺ حيث قال : (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنّه بخير النظرين بعد أنْ يحلبها إنْ شاءَ أمسك وإنْ شاءَ ردّها وصاعَ تمر) [(2)]

فنهى ﷺ عن التصرية والنهي يفيد التحريم ما لم توجد قرينة أو صارف، وهنا لا صارف[(3)].

وعن عبد الله بن مسعود ﷺ قال ﷺ : (بيع المحفّلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم) [(4)].

فنهى ﷺ عن الخلابة التي هي الخديعة والنهي يفيد التحريم، وقد دل الحديث بمنطوقه أنّ التحفيل من أنواع الخلابة المحرمة.

---

(١)ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**، مصدر سابق، ج٥ ص٤٦.
ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ ص١٩٠.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٦٣.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٣٨.
العاملي، الروضة البهية، مصدر سابق، ج٣ ص٥٠١.
اطفيش، **شرح النيل وشفاء العليل**، مصدر سابق، ج٤ ص١١١.

(٢)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم(٢١٤٨)، ج٣ ص٩٢.
الإمام أحمد، **المسند** ، مصدر سابق، رقم (٩٤٣٧)، ج٢ ص٤٢٠، قال شعيب الأرناؤوط صحيح وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الشيخين إلا إبراهيم بن يزيد النخعي لم يسمع من أبي هريرة.

(٣)علي القره داغي، **مبدأ الرضا في العقود**، مصدر سابق، ج١ ص٦١٢.

(٤)ابن ماجة، **السنن**، رقم (٢٢٤١) ج٣ ص٣٥١.. والحفلات : يقال حفلت الشاة تركت حلبها حتى اجتمع اللبن في ضرعها فهي محفلة (المصباح المنير ١٩٦)

والتصرية قائمة على الغش والخداع وقد تبرّأ ﷺ من الغاش بقوله (من غشّنا فلـيس منّا) [1]

٢-أثر التصرية :

عند جمهور الفقهاء[2]سوى الحنفية يثبت الخيار للمدَلَّس عليه بين أمرين : إما إمساك المبيع دون طلب تعويض عن النقص أو الغبن، أو ردّه لصاحبه. لقوله ﷺ : (لا تصـروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظيرين بعد أنْ يحلبها، إنْ شَاءَ أمسكها، وإنْ شَـاءَ ردّها وردّ معها صاعاً من تمر) [3].وهذا هو الرأي الراجح.

ثانياً : التغرير القولي :

عرّفَه الدكتور أحمد فراج حسين بقوله : هو ما يعمد فيه العاقد أو ممّن يعمل لحسـابه كالـدّلال أو السمسـار إلى الكـذب والإدلاء بغـير الحقيقـة بقصـد الحمـل العاقـد إلى التعاقد[4].

فالتغرير القولي أساسُه الكذب المتعمّد، وهذا الكذب قد يَصدر من العاقد نفسَـه أو من غيره كبيع النّجش.مثل أنْ يقول أحد العاقدين للآخر عُرضَـت علـيّ هـذه السـلعة بمائة دينار فيأخذ العاقد الآخر بقوله، وفي الواقع لا تساوي السلعة المبلغ الذي ذكره أو أنْ يصف العاقدُ المبيـع كسـيارة أو عمـارة بأوصـاف تُرغّـب الآخـرين بشـرائها وهـي أوصاف كاذبة غير صحيحة.

وجاء في حاشية الدسوقي : ومن التغرير القولي إعارة شخص لآخر إناءً مخروماً وهو يعلم به وقال أنّه صحيح فتلف ما وضع فيه بسبب الخرق فلا ضمان فيه [5].

(١)سبق تخريجه ص١٧٧ .

(٢)ابن رشد، **بداية المجتهد،** ج٢ ص١٣٦،

الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٦٣.

(٣)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٢١٤٨)، ج٣ ص٩٢.

مسلم، **الجامع الص**حيح، مصدر سابق، رقم(٣٩٠٨)، ج٥ ص٦.

(٤)فراج، **الملكية ونظرية العقد،** مصدر سابق، ص٣٢٨.

(٥)الدسوقي، **الحاشية،** مصدر سابق، ج٣ ص١١٦.

تطبيقات التغرير القولي :

النّجش :

١-**مفهومه** : النجْش هو بسكون الجيم مصدر، وبالفتح اسم مصدر، ومن معانيه اللغوية : الإثارة. يقال : نَجَشَ الطائر : إذا أثاره من مكانه. قال الفيومي : نَجَشَ الرّجلُ ينْجُشُ نجشاً : إذا زاد في سلعة أكثر من ثمنها، وليس قصده أنْ يشتريها، بل ليَغرَّ غيره، فيوقِعه فيه، وكذلك في النّكاح وغيره. وأصل النَجَش : الاسْتتار، لأنّ الناجش يستر قصده، ومنه يقال للصائد : ناجش لاستتاره[١].وهو أنْ يزيد شخص في السلعة المعروضة للبيع ولا رغبة له بشرائها فيغرّ المشتري بالزيادة لينفع صاحبها[٢].ونَجَشَ فلانٌ في البيع، ونحوه : زاد في ثمن السلعة، أو في المهر ونحوهما، ليعرف فيُزاد فيه، وهي المزايدة. تناجش القوم في البيع ونحوه : تزايدوا في تقدير الأشياء إغراءً، وتمويهاً. وهو الزيادة في ثمن سلعة ممن لا يريد شراءَها، ليقع غيره فيها[٣].

والأقرب في المعنى ما عرّفه الفقهاء بأنّ النّجش : أنْ يزيد الرّجل في الثمن ولا يريد الشراء، ليُرغِّب غيره. أو أنْ يَمدح المبيع بما ليس فيه ليروجّه[٤]

٢-حكم النجش :اتّفق الفقهاء على تحريمه[٥]، والنّاجش عاصٍ بفعله، قال ﷺ : (لا تلقوا الرّكبان ولا يبع بعضُكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد...)[٦]. وعن ابنِ عمر رضي الله عنهما : (أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النجش)[١]

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، مادة النجش ج٦ ص٣٥١.

(٢)العيني، **البناية في شرح الهداية**، مصدر سابق، ج٧ ص٢٧٧.

(٣)أبو جيب، **القاموس الفقهي**، مصدر سابق، ص٣٤٨.

(٤)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٣٣،
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص٦٨،
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٤ ص٢٧٨.

(٥)المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٣.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص١٩٩،
ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٨ ص٤٤٨ ،

(٦)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٢١٥٠)، ج٣ ص٩٢. من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
أبو داود، **سنن أبي داود**، مصدر سابق، رقم (٣٤٤٥)، ج٣ ص٢٨٤.
النسائي، **سنن النسائي**، مصدر سابق، رقم (٤٤٨٧)، ج٧ ص٢٥٣.قال الألباني صحيح.

دلّت الأحاديث النّبوية بمنطوقها على النهي عن النجش، والنهي يفيدُ التّحريم ما لم توجد قرينة أو صارف، وهنا لا صارف.

٣-أثر النجش في الفقه والقانون :

أولاً : أثر النجش على العقد في الفقه الإسلامي :

اختلف الفقهاء في أثر النّجش على العقد على عدّة آراء، فمِنهم من ذهب إلى صحّة العقد وثبوت الخيار للمشتري ومنهم منْ قال بفساد العقد، وفيما يلي آراء الفقهاء وبيان الراجح منها:

١- ذهبَ الحنفيةُ والأصحّ عند الشافعية وقول عند الحنابلة[٢] إلى لزوم البيع وصحة العقد ولا خيار للمشتري حتى وإنْ ثبتت المواطأة بين البائع والناجش، فقيّد الحنفية[٣] فيما إذا كانت السِّلعة بقدر ثمن مثلها أو أكثر منه، فيعتبرون التواطؤ على المزايدة نجشاً ولا يحرّمونه إذا كانت السّلعة أقلّ من ثمن مثلها. وقال الإمامُ الشافعي بصحّة العقد سواءٌ وقع النجش بأمرِ صاحبِ السّلعة أو بغير أمره، لأنّ البيع جائزٌ ولا يُفسدُه مَعصيةُ النّاجش وعقد البيع غير النّجش فلا يفسد به، ثمّ أنّ النّاجش هو غير المتابيعين فلا يَفْسُد عقدهما بفعله وإن اشتركوا في الإثم، وقد ذهبَ جمهور الشافعية إلى أنّ الأصحّ هو صحة العقد وعدم ثبوت الخيار للمشتري وذلك لَما وقع منه في تفريط بعدم تأمّله وسؤاله لأهل المعرفة والخبرة[٤]. دليلُهم ما رُوي عن ابن عمر قال : (أنّ رسولَ الله ﷺ نهى عن النّجش)[٥]. والنهي الوارد في الأحاديث النبوية يعود لمعنى خارج عن

---

(١)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم(٢١٤٢)، ومسلم ١٥١٦.
(٢)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٦ ص١٠٧،
الشافعي، **الأم**، مصدر سابق، ج٣ ص٩١،
الأنصاري، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، ج٤ ص١٠٠.
اطفيش، **شرح النيل وشفاء العليل**، مصدر سابق، ج٨ ص١٨٥،
ابن حزم، **المحلى** بالآثار، مصدر سابق، ج٧ ص٣٧٢.
(٣)الزيلعي، **تبيين الحقائق**، مصدر سابق، ج٤ ص٦٧.
(٤)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٩٢،
الرملي، **نهاية المحتاج**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٧٠،
الأنصاري، **أسنى المطالب**، مصدر سابق، ج٤ ص١٠٠
(٥)ابن حزم، **المحلى**، مصدر سابق، ج٧ ص٣٧٢.

العقد وليس في نفس العقد، فهو يعود على النّاجش فلا يؤثر في العقد فالعقد صحيح بأركانه وشروطه[1].

٢- ذهبَ المالكيةُ وقولٌ عندَ الشافعيةِ وعندَ الحنابلةِ في قول إلى صحّة العقد ولا يلزم البيع وثبوت الخيار للمشتري في إمضاءِ العقد أو فسخه، ولكنَّ المالكيةُ اشترطوا حصول المواطأة بين البائع والنّاجش لثبوت الخيار للمشتري، وقالوا بصحّة البيع مع ثبوت الخيار للمشتري في إمساك المبيع أو ردّه[2]. وذهب الماوردي من الشافعية إلى ثبوت الخيار للمشتري خلافاً لرأي جمهور الشافعية حيث يقول : وإنْ كانَ البائع قد نصب الناجش للزيادة ففي خيار المشتري وجهان : أحدهما له الخيار لأنّ ذلك تدليس من البائع، والثاني لا خيار له لأنّ الزيادة زادها عن اختياره[3]، وتبنّى الغزالي القول بالخيار مخالفاً لجمهور مذهبه فقال : وإن جرى مواطأة ففي ثبوت الخيار خلاف والأولى إثبات الخيار لأنّه تغرير بفعل يضاهي التغرير في المصراة وتلقّي الركبان[4]. واشترط الحنابلةُ لثبوت الخيار للمشتري وجود الغَبَن لم تجرِ بمثله العادة كما في تلقي الركبان، وأنْ يكون المشتري جاهلاً بأحوال البيع، فإنْ لم يكن جاهلاً ولكنّه اغترّ بالأمر فليس له خيار وذلك لعجلته وعدم تأمله[4].

واستدلّوا بما استدلّ به أصحابُ القول الأول، واستدلّوا بعدم اللّزوم على المصرّاة فكما ثبت الخيار لمن اشترى مصراة وهو لا يعلم بها فكذلك النّجش بجامع الغِش والتدليس في كل منهما.

٣- ذهب الإمامُ أحمد والشوكانِيّ والإمامُ مالك في رواية[5] إلى بُطلان البيع مع وقوع النّجش، وذلك تغليباً لحقِّ الله تعالى، ولأنَّ النَّهي يقتضي فساد المنهيّ عنه عندَهم،

(١)ابن قدامة، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٧٩.
(٢)ابن رشد، **بداية المجتهد**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٦.
(٣)الماوردي، **الحاوي الكبير**، مصدر سابق، ج٦ ص٤٢١.
(٤) الغزالي، **إحياء علوم الدين**، مصدر سابق، ج٢ ص١٤٥.
(٤)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠١،
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٢١٣.
(٥)ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٠٠،
الشوكاني، **نيل الأوطار**، مصدر سابق، ج٥ ص١٦٦.

فالنَّجش منهيّ عنه بالحديث السابق فهذا يقتضي فساد البيع إذا وقع معه. والنهي الوارد في الحديث يفيد التحريم ما لم توجد قرينة أو صارف.

الرأي الراجح :

من خلال مراجعة الأقوال السابقة نرى أنَّ الرّأيَ المعتدل والوسط هو رأيُ المالكية القائل بثبوت الخيار للمشتري إذا ثبتت المواطأة بين البائع والنّاجش، أو ثبت علم البائع بوجود الناجش، وأنّه إذا هلك المبيع بيد المشتري فعليه قيمته يوم قبضه لا يوم ردّه، والقولُ ببطلانِ العقد وفسادِه فيه شيء من التّشديد وإخلالٍ باستمرار المعاملات المالية، والقولُ بلزومِ العقد وعدمِ ثبوت الخيار فيه إضرارٌ للمشتري الذي غُرّر به وفيه إتاحة للنّاجش والبائع المتواطئين على الغِشّ والخديعة وهو من التعاون على الإثم والعدوان والله أعلم(1).

ثانياً : أثر النجش في القانون المدني الأردني :

لم يرد ذكر النّجش بشكل مباشر في القانون المدني الأردني، إنّما يمكن أنْ يدخل الأثر في مقتضى المادة (١٤٨) من القانون حيث نصّت على : " إذا صدَرَ التّغرير من المتعاقدين وأثبت المغرور أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم بالتّغرير وقت العقد جاز له فسخه " فالمشتري المتضرّر يفسخ العقد وفقاً لحكم هذه المادة بشرط أنْ يثبت وجود التواطؤ على التغرير بين الناجش والعاقد الآخر وقت إبرام العقد، وعلّل لهذا الحكم أنّ التغرير مفسد للإرادة والقصد، لذلك فإنّ صدوره من طرف آخر مع علم العاقد المستفيد منه بوجوده يكون مساوياً لصدروه منه ابتداءً(2).

كما تدخل صور النّجش الأخرى التي لا وجود فيها لطرف ثالث غير العاقدين في أحكام هذا القانون المتعلقة بالتغرير، وذلك لدخول النّجش في مفهوم التغرير الوارد في المادة (١٤٣) من القانون المدني الأردني عندما عرّفت التغرير أنّه : " أنْ يخدع أحدُ العاقدين الآخرَ بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى بع

---

(١)العساف، عدنان محمود، **بحث النجش وتطبيقاته المعاصرة**، ص٣٧٣.

(٢)أحمد، محمد شريف، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، ط١ ص٨٥، دار الثقافة عمان

بغيرها " حيث يثبت القانون للعاقد الذي غُرّر به الحق في فسخ العقد إذا اقترن التغرير بغَبَنٍ فاحش كما نصّت المادة (١٤٥) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها : " إذا غرّرَ أحدُ العاقدين بالآخر وتحقق أنّ العقد تمّ بغبن فاحش كان لمن غُرِّرَ به فسخ العقد " وهذا ما ستناوله في حديثنا عن الغبن.

يتّضح أنّ حكم النجش في القانون المدني الأردني المتعلق بالتغرير الواقع من غير المتعاقدين بالتواطؤ مع أحدهما هو نفسُ حُكمِهِ عندَ المالكية الذي سبق ترجيحه لاعتداله، فهو يقول ببطلان العقد وإلغائه، ولا يقول بصحة العقد مطلقاً، ونفاذه دون الرجوع إلى إجازة المغرّر به وهو الطرف المتضرّر من التغرير، أمّا ما يتعلق باختيار هذا القانون تقفيد التغرير المؤثر في إثبات الخيار للطرف المغرر به بالغبن الفاحش ففيه نظر، وذلك لما في التغرير من خيانة وإضرار بالمغرّر به، ولما فيه من خرق للرضا وهو من أهمّ مقومات التعاقد في الشرع الحنيف[1]. ﴿ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ عُدۡوَٰنٗا وَظُلۡمٗا فَسَوۡفَ نُصۡلِيهِ نَارٗاۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا ﴿٣٠﴾ ﴾ (سورة النساء: الآية٢٩).

الخلاصة : من وقَعَ من المتعاقدين تحت وطأةِ الغِشِّ والخديعة والإحتيال، جاز له طلب إبطال العقد، كما يمكنه أنْ يقتصر على طلب التعويض، باعتبار أنّ التدليس عمل غير مشروع، يلزم من ارتكبه بتعويض الضَّرر الناتج عنه وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

فالنَّجش تدليسٌ والتَّدليس من حيث المبدأ سببٌ لجوازِ إبطالِ العقد، ومردّ التّدليس فيه هو ما يوّلِّدُه في ذهن العاقد من غلط بُني على الخديعة للإيقاع به حتى يقبل العقد.

---

(١)العساف، **بحث النجش وتطبيقاته المعاصرة** ، مصدر سابق ص٣٧٤.

المبحث الرابع

الغَبَنْ

أولاً : مفهوم الغبن :

١-الغبن لغة :

الغَبْنُ بالتسكين في البيع، والغَبَنُ بالتحريك في الرأي. الغين والباء والنون كلمةٌ تدُلُّ على ضَعَفٍ واهتضام. يقال غَبَنْتُهُ في البيع بالفتح، أي خدعته، وقد غُبِنَ فهو مَغْبونٌ. وغَبِنَ رأيه بالكسر إذا نقصه فهو غَبينٌ، أي ضعيف الرأي، وفيه غَبانةٌ. والغَبينَةُ من الغَبْنِ، كالشَّتيمة من الشتم. والتَغابُنُ: أن يَغْبِنَ القوم بعضهم بعضاً، ومنه قيل يوم التَغابُنِ ليوم القيامة. لأنَّ أهلَ الجَنَّة يَغْبِنون أهل النار[١].

٢-الغبن في اصطلاح :

المعنى الاصطلاحي للغَبَن مستمدٌّ من المعنى اللغوي نفسه فهو كما يقول ابن نجيم من الحنفية : " النّقص في الثمن في البيع والشراء " ومثله النّقص في البدل في باقي عقود المعاوضات. ومعنى النّقص هنا إذا كان المغبون هو المشتري أنْ لا يقابل جزء من الثمن بشيء من المبيع لزيادة الثمن عن أكثر تقويم للمبيع من أهل الخبرة، أمّا إذا كان المغبون هو البائع فالنّقص في الثمن حقيقي[٢].

وقد اختلف الفقهاء في تعريفه وصوره على النحو التالي :عند الحنفية[٣]: ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين، أي ما يتناوله تقدير الخبراء. وهو الذي عليه الفتوى عندهم وهو ما وافقه القانون المدني الأردني في المادة (١٤٦) منه حيث نصّ على أنّ : " الغَبَن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين ".

---

(١)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج١٣، ص٣٠٩ باب غبن، الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، ص٤٨٨ باب الغين، ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، مصدر سابق، ٤١١/٤ باب باب غبن، القونوي، الرومي، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، مصدر سابق، ص٧٤.

(٢)ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، مصدر سابق، ج٧ ص١٦٩.

(٣)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٧ ص١٦٩.

والغبن الفاحش : ما لا يدخل تحت تقويم المقومين أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء. لأنّ القيمة تعرف بالحزر والظنّ بعد الاجتهاد، فيعذر فيما يشتبه، لأنّه يسير لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يعذر فيما لا يشتبه لفُحشه، ولإمكان الاحتراز عنه، لأنّه لا يقع في مثله عادة إلاّ عمداً، وقدّرته المجلة في المادة (١٦٥) عملاً برأي نصر بن يحيى بأنّه نصف العشر في العروض التجارية، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو الزيادة.

عند المالكية[١]: الغَبَن عبارة عن بيع السّلعة بأكثرَ ممّا جرت عادة الناس أنّهم لا يتغابنون بمثله، وهي الزيادة على الثلث وقيل : الثلث وأمّا ما جرت به العادة فلا يوجب الرد باتّفاق.

عند الشافعية[٢]: الغَبن اليسير ما يحتمل غالباً فيُغتفر فيه، والغبن الفاحش هو ما لا يحتمل غالباً، والمرجع في ذلك عرف بلد البيع والعادة.

عند الحنابلة[٣]: يرجع في الغَبن إلى العرف والعادة، وهو الصحيح من المذهب نصَّ عليه، وهو قول جماهير الأصحاب. ونقل المرداوي عن المستوعب : المنصوص أنّ الغبن المثبت للفسخ ما لا يتغابن الناس بمثله. وحدّده أصحابنا بقدر ثلث قيمة البيع.

٣-الغبن في القانون :

لم تهتمّ التّشريعات المدنية بوضع تعريفٍ دقيق للغبن، ولذلك فقد كان تعريف الغبن من عمل الفقه.فقد عرّفه السنهوري بأنّه : عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين وقت إبرام العقد المُلزم للجانبين[٤].

وعرّفه البدراوي بأنّه : الخسارة المالية التي تلحق في عقود المعاوضات أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحصل عليه بمقتضاه[٥].

---

(١)الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص١٤٠.

(٢)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٢٤.

(٣)المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، مصدر سابق، ج٤ ص٢٨٤.

(٤)السنهوري، **الوسيط**، مصدر سابق، ج١ ص٢٩١. سلطان، **النظرية العامة للإلتزام**، مصدر سابق، ج١ ص١٥٩.

(٥)البدراوي، عبد المنعم، (١٩٧٥م)، **النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري**، ، ص٢٨٧، مطبعة المدني - القاهرة.

وعرّفه محمود زكي بأنّه : إخلالُ التّوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه[١].

وقد عرّفته المجلّة في المادة (١٦٤) بأنّه : وصفُ المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية. وذلك كأنْ يقول البائع للمشتري : إنّ مالي يساوي كذا وهو لا يساوي ذلك فخذه ، أو يقول المشتري للبائع : إنّ مالَكَ لا يساوي أكثر من كذا ، وهو يساوي أكثر من ذلك ، فبِعه لي به [٢].

رابعاً : الأساس القانوني للغبن :

أساس الغَبن في النظرية المادية هو أساسٌ ماديّ، وقد عالج القانون المدني الأردني عيب الغبن، والقاعدة العامة هي عدم الاعتداد بالغبن إلاّ إذا كان فاحشاً وصاحَبَه التغرير، ولا يعتدُّ بالغبن المجرد كعيب يؤثر في العقد إلاّ في حالات محدّدة كاستثناء على القاعدة العامّة، وهناك رأي أنّ المشرع الأردني لم يأخذ بعيب الاستغلال في نطاق عيوب الإرادة، بأنّ المشرِّع تَعرّض للغّبن بمعناه المادّي وذلك مسايرةً للفقه الإسلامي[٣].

وفي القانون المدني الأردني إذا غُبنَ إنسان وكانَ الغَبنُ يسيراً فلا تأثير له في العقد لأنّ الغَبن اليسير قلّما يخلو منه عقد، ولأنّه كذلك غَبنٌ محتمل ومن العسير الاحتراز منه وقد جرت عادة الناس بإغفاله إلاّ أنّه استُثني من ذلك ما ذكر نصّه في المادة (١٤٧) : " إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقاً لمالهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل.

---

(١)زكي، محمود، (١٩٧٨م)، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، ص١٥٩، جامعة القاهرة.

(٢)حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١ ص١١٣.

(٣)سلطان، أنور، (٢٠٠٥م)، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني،** ص٨٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع-عمان.

خامساً : آثار الغَبن :

الغبن اليسير لا يؤثر في العقود عند جمهور الفقهاء، لكنّهم استثنوا مسائل وقالوا بتأثرها بالغبن حتى ولو كان يسيراً[(1)].

واختلف الفقهاء في أثر الغبن الفاحش على مذاهب :

الأول : الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية والمالكية على المشهور إلى أنّ مجرّد الغبن الفاحش لا يثبت الخيار، ولا يوجب الردّ، و قال الحصكفي : لا ردَّ بغبنٍ فاحش في ظاهر الرواية وبه أفتى بعضهم مطلقا. وفي الشرح الكبير : ولا يُردّ المبيع بغبن بأنْ يكثر الثمن أو يقل جداً، ولو خالف العادة بأنْ خرج عن معتاد العقلاء. وفي روضة الطالبين : مجرد الغبن لا يثبت الخيار وإنْ تفاحش، ولو اشترى زجاجة بثمن كبير يتوهَّمها جوهرة فلا خيار له، ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن، لأنّ التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة[(2)]. فلا أثرَ للغبن الفاحش عند الشافعية سواء رافقه تغرير أم لا، لأنّ الغبن كما ذكرنا لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً فلو سأل أهل الخبرة لما وقع في الغبن[(3)].

دليلهم ما روي عن الرجل الذي قال له النبيّ ﷺ : (إذا أنتَ بايعتَ فقل لا خلابة، ثمَّ أنتَ في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال إنْ رضيت فأمسك وإن سخطت فاردُدها على صاحبها)[(4)].

وجْه الدّلالة أنّ الرسول ﷺ لم يُبطل عقود الرجل، فلو كان الغَبن وحده مؤثراً في العقد لأبطلها أو جعل له الحق في فسخها، ولو كان الغبن وحده مما يؤثر على العقد لَما طلب ﷺ اشتراط عدم الخديعة.

وهذا ما أخذت به المجلة في المادة (٣٥٧) لأنّ الغبن المجرّد عن كل خديعة يدلّ على تقصير المغبون وعدم ترويّه وسؤاله أهل الخبرة، ولا يدلّ على مكر العاقد الآخر، ولكل

---

(١)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٧ ص١٦٩.

(٢)الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٤ ص١٩٤، النويي، **روضة الطالبين وعدة المفتين**، مصدر سابق، ج٣ ص٤٧٠، الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق ، ج٣ ص١٤٠.

(٣)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٣٦.

(٤)ابن ماجة، **السنن**، مصدر سابق، رقم(٢٣٥٥)، ج٢ ص٧٨٩، وقال حديث حسن.

إنسانٍ طلب المنفعة ما لم يضر الجماعة كما في الاحتكار. فإذا انضمّ إليه التغرير كان المغبونَ معذوراً لأنّ الرّضا كان على أساس عدم الغبن، فإذا ظهر الغبن لم يتوافر الرضا.

وفي قول مفتى به عند الحنفية أنّ الغبن الفاحش أنْ كانَ نتيجة غرور وقع على أحد العاقدين من الآخر أو ممّن يعمل له كالدّلال، فللمغبون المغرور حقّ فسخ العقد لسوء نية العاقد الآخر وتضليله. قال علي حيدر : إذا غرر أجنبي أحدَ المتبايعين فليس للمغبون خيار[1].

وقد جاء في المادة (١٤٥) من القانون المدني الأردني ما نصّه : " إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تمّ بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد"

الثاني : ذهب بعض الحنفية وبعض المالكية والحنابلة إلى أنّ للمغبون حق الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه وإنْ لم يصاحب الغبن تغرير.

قال تعالى : ﴿ يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَمَا يَخۡدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمۡ وَمَا يَشۡعُرُونَ ۝٩ ﴾ (سورة البقرة :الآية ٩).

وقال تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ... ۝٢٩﴾(سورة النساء : الآية٢٩). تدلّ الآية بمنطوقها على النّهي عن أكل المال بالباطل، وغَبْن الشخص بدون علمه هو أكلٌ للمال بالباطل لانتفاء رضاه، والرّضا شرطٌ لصحة العقود.

وقال ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) [2]. يدلّ الحديث بمنطوقه على النّهي عن إيقاع الضرر بالآخرين، والغبن الفاحش فيه إيقاع بالضرر والظلم للمتعاقد، ويجب رفعهما وذلك بإثبات الخيار للمتعاقد المغبون.

---

(١)حيدر، **شرح مجلة الأحكام** المادة (٢٥٧)، والمادة (٥٤٥) من مرشد الحيران.

(٢)ابن ماجة، **سنن ابن ماجه**، مصدر سابق، رقم (٢٣٤٠)، ج٢ ص٧٨٤، حديث صحيح.

قال ابن عابدين : فقد تحرّر أنّ المذهب عدم الردِّ بالغّبن الفاحش ولكن بعض مشايخنا أفتى بالردّ مطلقا. وفي الإكليل من مذهب مالك : للمغبون الردّ إذا كان فاحشاً وهذا إذا كان المغبون جاهلاً بالقيم[1].

والحنابلة يقولون بإعطاء العاقد المغبون حق الخيار في ثلاث صور : إحداها : تلقّي الركبان، وهو أنْ يتلقّى شخصٌ طائفةً من النّاس يحملون متاعاً إلى بلد، فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد ومعرفتهم بالسّعر، وهو حرامٌ ومعصية، يثبتُ فيه حقّ الفسخ إذا غبنوا غبناً فاحشاً، لقوله ﷺ : (لا تلقوا الجلب) [2]، فمن تلقّاه فاشترى منه فإذا أتى سيده أي صاحبه السوق فهو بالخيار. والثانية : بيعُ النّاجش ولو بلا مواطأة من البائع، والنجش زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع لا رغبة في شرائها بل ليخدع غيره فيثبت الخيار للمشتري إذا لم يعلم بأن الذي يزيد لا يريد الشراء. والثالثة : المسترسل إذا اطمأنَّ واستأنس وغبن، وهو الشخص الجاهل بقيمة الأشياء ولا يحسن المساومة والفصال ويشتري مطمئناً إلى أمانة البائع ثم يتبين أنّه غُبن غبناً فاحشاً فيثبت له الخيار بفسخ البيع[3].قال المالكية عن هذه البيوع أنّها صحيحة لكنّها محرّمة للنهي الثابت ويعطى الخيار بالفسخ للمشتري في حالة بيع النجش دون غيره[4].

وفي القانون المدني الأردني التّغرير يفسد القصد والإرادة، فإنْ وقع من غير المتعاقدين وكان المتعاقد غير المغرور يعلم به يجعل ذلك مساوياً لصدوره منه حيث نصّت المادة (١٤٨) منه أنّه : " إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه " وهي تقابل المادة (١٢٧) من المشروع الأردني.

---

(١)ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، مصدر سابق، ج٤ ص١٥٩

(٢)مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٣٨٩٨)، ج٥ ص٥.

أحمد، **مسند الإمام أحمد**، مصدر سابق، رقم (١٠٣٢٤)، ج١٦ ص٢١٧، إسناده صحيح على شرط الشيخين.

النسائي، **سنن النسائي**، مصدر سابق، رقم (٤٥٠١)، ج٧ ص٢٥٧. من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣)ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**، مصدر سابق، ج٤ ص١٥٩.

ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٣ ص٥٨٤.

ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٦ ص١٢٦.

البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٢١١.

(٤)الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص٦٧.

الفصل الرابع

التصرفات الانفرادية المسقطة للحق

إسقاط الحق والإبراء

أولاً : إسقاط الحق.

١- معنى الإسقاط :

أ_ الإسقاط في اللغة :

سقط الشيء يسقط سقوطاً فهو ساقط أي وقع. والسّقطة الوقعة الشديدة، وأسقطت المرأةُ وليدَها إسقاطاً وهي مُسْقِط أي ألقتْه لغيرِ تمام، وأسقَطَت النّاقةُ وغيرها إذا ألْقَتْ وَلَدَهَا، وأسقط في كلامه أي أخطأ، وأسقط الشّيءَ منْ يده إذا ألقاه ورمى به ويُقال سَقَطَ الشّيءَ منْ يده أي وَقَعَ على الأرض، وأسْقَطَ فلان من الحساب إذا ألقى منه، وتساقط الشيء أي تتابع سقوطه، وساقطة مساقطة وسقاطاً، أي أسقطه وتابع في إسقاطه.

ويأتي الإسقاط بمعنى الرفع والإزالة يقال أسقط الفارس اسمه من الديوان أي رفعه وأزاله، وبالنظر إلى لمعاني السابقة نجدها ترجع إلى أصل واحد حيث أنها تدل في مجموعها على الإلغاء والإزالة (١).

ب- الإسقاط في الاصطلاح :

الإسقاط عند الحنفية : هو ما وضعه الشارع لإسقاط حق للعبد على آخر(٢).

---

(١)الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، مصدر سابق، ج١ ص٨٦٦ فصل السين والمصباح المنير باب السين مع القاف وما يثلثهما
مصطفى، ومجموعة، **المعجم الوسيط**، مصدر سابق، ج١ ص٤٣٥ باب السين
ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج٧ ص٣١٦
الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، ص٣٢٦ باب السين
ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، مصدر سابق، ج١ ص٥٦٣.
(٢)الحصكفي، **در المختار**، مصدر سابق، ج١ ص٣٧١.

وعرفه ابن عابدين بقوله : الإسقاط إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق [1]

وزاد البيجوري : تقرباً إلى الله تعالى بصيغة مخصوصة [2].

فإزالة الملك أو الحقّ : أي رفع المالك حَقّه في الملكية والتّخلي عنه من باب أسقط الفارس اسمه من الديوان أي رفعه وأزاله.

ومعنى لا إلى مالك أو مستحقّ : يخرج بذلك التّمليك كما في البيع والهبة والإجارة والوصية وسائر التصرفات الناقلة للملكية، فإنّها وإن اقتضت إزالة ملك المتصرف عمّا تصرف فيه إلا أنّها تقتضي مع ذلك إدخاله في ملك شخص آخر[3].

٢-حكم الإسقاط في القانون المدني :

جاء في المادة (٢٣٠) من القانون المدني الأردني : " الساقط لا يعود كما أنّ المعدوم لا يعود ".. الحقّ الذي لا يقبل الإسقاط لا يسقط بإسقاط صاحبه له. مثال : لو كان لشخص على آخر دين فأسقط عن المدين ثم بدا له رأي فندم على إسقاطه الدين عن ذلك الرجل فلأنّه أسقط الدين وهو من الحقوق التي يحق له أن يسقطها فلا يجوز له أن يرجع إلى المدين ويطالبه بالدين لأن ذمته برأت من الدين بإسقاط الدائن حقّه فيه[4].

ثانياً : الإبراء

١ - مفهوم الإبراء :

أ- الإبراء لغة :

قال البيضاويّ[5]: أصلُ تركيب البَرْءِ لخلوص الشَّيءِ مِنْ غيره، إمّا على سبيل التقصّي كبَرْءِ المَريضِ منْ مرضه والمَدِينِ مِنْ دَيْنهِ، أو الإنْشاءِ كَبَرْءِ الله آدم من الطين[6].

---

(١)ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار** ، ج٥ ص٦٣٩،
الموسوعة الفقهية الكويتية ج٤ ص٢٦٢.

(٢)البيجوري، **حاشية البيجوري** ، مصدر سابق، ج ٤ ص ١٥.

(٣)موسوعة الفقه الإسلامي ج٨ ص٢٣٤

(٤)علي، حيدر، **درر الحكام**، مصدر سابق، ج١ ص٤٩.

(٥)هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي أبو الخير، كان إماماً عارفاً بالفقه والتفسير والأصول والعربية والمنطق، صنف مختصر الكشاف والمنهاج في الأصول، والإيضاح في أصول الدين، والغاية القصوى في الفقه، وله مؤلفات غيرها، توفي سنة ٦٨٥ه (بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ٥٠/٢-٥١ ومعجم الموؤلفين ٩٧/٦-٩٨)

(٦)ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، ج١ ص١٨٢.

وقال الأزهري في تهذيب اللغة : برئ إذا تخلّص، وبرئ إذا تنزّه وتباعد، وبرئ إذا أنذر وأعذر. وَأَبْرَأته جَعَلتُه بريئًا من حقٍ لي عليه وبرَّأه صحَّح براءَته فتبرأ، ومنه قولهم الخُلع كالمبارأة وترك الهمزة خطأ[1].

ب-الإبراء في الاصطلاح :

لم يعرّف الفقهاءُ المتقدمون الإبراء تعريفاً جامعاً مانعاً، وسبب ذلك عدم إفراد الإبراء في بحث مستقلّ، أو كتاب أسوة بغيره من القعود، بل بحثوا مسائِلَه في أبواب الفقه العامّة كما يلي :

١-رجّح الحنفية معنى الإسقاط مع بقاء معنى التمليك، ورتّبوا عليه عدم صحة الإبراء عن الأعيان، لأنّه إسقاط. وملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له، لا تسقط ويبقى ملكاً له، ولا يصحّ الإبراء عن المبيع، لأنّه إسقاط. وإسقاط العين لا يصحّ، والإبراء عن العين المغصوبة لا يكون سبباً لملكها، وإنّما يكون إبراء عن ضمانها، وتصير أمانة في يد الغاصب. ولكنْ يصحُّ إبراء الدين الثّابت في الذمة كضمان قيمة المغصوب المتلف، ويصحّ الإبراء عن الدعوى المتعلقة بالأعيان. ولا يصح إقالة الإبراء عن الدين ولا إقالة السلم، لأنّ الإبراء يسقط الدين من الذمّة، والسّاقط لا يعود، لأنّه معدوم، والمسلّم فيه دين سقط. ويُعدّ الإبراء من الدَّين تبرّعاً، لأنّ فيه معنى التمليك، وإنْ كان في صورة إسقاط [2].

٢-الراجح عند المالكية [3]: أنّ الإبراء نقلٌ للملك فيكون من قبيل الهبة، فيحتاج لقبول.

٣-في الجديد عند الشافعية[1]: أنّ الإبراء تمليكُ المَدِين ما في ذمّته، فيشترط علم الطرفين به إنْ كان في ضمن معاوضة كخلع، وإلاّ فيكفي علم المُبْرِئ فقط، والإبراء من المجهول باطل. وقال بعض الشافعية : الأصحّ أنّ الإبراء إسقاط.

---

(١)الأزهري، **تهذيب اللغة**، مصدر سابق، ج١٥ ص٢٦٩.

(٢)السرخسي، **المبسوط**، مصدر سابق،

(٣)الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق ج٤ ص٩٩،

الصاوي، **بلغة السالك لأقرب المسالك** إلى مذهب الإمام مالك، مصدر سابق، ج٢ ص٣١٣.

فالإبراء كما يظهر من التّعريف به إسقاط لحق شخص قبل شخص آخر، ولذا كان ضرباً أو نوعاً من الإسقاط، لأنّ الإسقاط كما يكون تركاً لحقّ في ذمّة شخص وإطراحاً له كما في إسقاط الدين تشغل به ذمّة المدين يكون لحق ثابت لصاحبه دون أن تشغل به ذمة آخر كما في إسقاط الشّفيع حقه في الشفعة وكما في إسقاط الموصى له بسكنى دار حقه في سكناها وعلى ذلك يكون كل إبراء إسقاطاً وليس كل إسقاط إبراء، ومع ظهور هذا المعنى فيه على هذا التفسير فإنّه يحتمل تفسيراً آخر يجله من قبيل التمليك، ذلك لأنّ صاحب الدَّين لا يستطيع مَحْوَ دينه الثّابت في ذمّة مدينِهِ وإنّما يستطيع تركه وإطراحه وذلك ما يعنى تركه للمَدِين وتمليكه إياه وعدم مطالبته به.

٤-الرّاجح عند الحنابلة[٢]: أن الإبراء إسقاط، ولا مانع يمنع الإنسان من إسقاط بعض حقِّهِ أو هبَتِهِ، فقد كلَّم النبيُ ﷺ غرماءَ جابرَ ليضعُوا عنه.

أمّا في التَّعريف المعاصر للإبراء كما في دُرر الحكّام بأنّه : إسقاط شخص حقاً في ذمِّةِ شخصٍ أو كُلِّه[٣].

٢-**مشروعية الإبراء:**الإبراء في الحكم الغالب له مندوب، قال الخطيب الشربيني : الإبراء مطلوب، فوُسِّع فيه بخلاف الضمان (أي الكفالة)، لأنّه نوعُ الإحسان والبرِّ والصلِة، لتضمُنه إسقاط الحق عن المَدِين، ولو لم يكنْ معسراً، وذلك بإبراء ذمته[٤]. قال تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ ﴾البقرة: ٢٨٠. صدرُ الآية الكريمة أوجبتْ على الدائن إنظار المَدِين حتى تَتَيسَّر أموره المالية، وجاءت تتمَّة الآية ترغّبُ صاحبَ الدَّين على إبراء

(١)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٠٢.
السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٢)البهويتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٣٦،
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج ٤ ص٤٨٣.

(٣)حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، ج٤ ص٦٧.

(٤)الرازي، محمد الرازي فخر الدين بن ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الري، (المتوفى ٦٠٤هـ)، **التفسير الكبير ومفاتيح الغيب**، ج٧ ص١٠٣، دار الفكر.

المدين إبراءً موبّداً، وقد عبّرت الآية الكريمة عن الإبراء بكلمة الصدقة لما لهذه الكلمة من تأثير على المسلم(١). وقال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟...﴿٩٢﴾ ﴾(سورة النساء: الآية٩٢)، ففي قوله تعالى { إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا } المراد الإبراء من الدِّيَة والعفو عنها (٢).

وفي السُّنة ما روي عن عبد الله بن كعب بن مالك عن أبيه ﷺ أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ، فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجف حجلاته ونادى يا كعب، قال : لبيك يا رسول الله، قال : ضع من دَينك هذا، وأومأ إليه أي الشطر، قال : لقد فعلتُ يل رسول الله. قال : قم فاقضه(٣). فأشار ﷺ على كعب بإبراء غريمه من بعض الدين، فقَبِلَ كعب وأبرأً مَدِينَهُ من النِّصف مما يدلُّ على مشروعية الإبراء وفضله(٤).

وعن أبي هريرة ﷺ قال : قال ﷺ : (من أنظرَ مُعسراً أو وَضَعَ عَنه أظلَّه الله يوم القيامة تحت ظلٍّ عرشه يوم لا ظلَّ إلاّ ظِلِّه) (٥)

وعن عبد الله بن أبي قتادة ﷺ أنَّ أبا قتادة طلب غريماً له فتوارى عنه، ثمَّ وجده فقال إنِّي مُعسِر، فقال : آلله، قال: آلله، قال : فإنِّي سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول من سرّه أن ينجيه الله من كرْبَ يوم القيامة فلينفّس عن مُعسِرٍ أو يَضعَ عنه) (٦)

---

(١)السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص١٤٥.
(٢)الرازي، **التفسير الكبير ومفاتيح الغيب**، مصدر سابق، ج١٠ ص٢٣٤.
(٣)البخاري، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم(٤٥٧)، ج١ ص١٣٢.
مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٤٠٦٧)، ج٥ ص٣٠.
أحمد، **مسند الإمام أحمد**، مصدر سابق، رقم(٢٧٢٢١)، ج٦ ص٣٩٠، قال شعيب الأرناؤط إسناده صحيح على شرط الشيخين.
(٤)الشربيني، **الإقناع** في حل ألفاظ أبي شجاع، مصدر سابق، ج٢ ص٣٠٦.
(٥)مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم(٧٧٠٤)، ج٨ ص٢٣١.
أحمد، **مسند الإمام أحمد**، مصدر سابق، رقم(٣٠١٧)، ج١ ص٣٢٧..
(٦)مسلم، **الجامع الصحيح**، مصدر سابق، رقم (٤٠٨٣)، ج٥ ص٣٣.

والأحاديث الدالَّة على مشروعية الإبراء كثيرة وقد ترجم الإمامُ مسلم لطرفٍ منها في باب استحباب الوضع من الدين.

وأجمعت الأمَّة على مشروعية الإبراء، لذلك درسوا مسائلَه وبيّنوا أحكامه وأدلته. ومن المعقول أنَّ من أبرزِ مظاهر الشريعة التّعاون والتَّراحم والتَّضامن في مساعدة المحتاج، والإبراء يحقق جميع هذا المعاني، فهو معاونة ومساعدة ورحمة من الدائن للمدين، مع ما فيه من رفع المشقَّة والحرج عن الناس(١).

٣-أقسام الإبراء :

١-الإبراء الخاص : وهو ما تمّ بلفظ يخصّ حقاً من الحقوق. وينقسم إلى قسمين :

أ- الإبراء من دعوى مال مخصوص كالإبراء من دعوى الدَّار أو المزرعة، أو دعوى دَيْن كثمن مبيع أو بَدَل متلف، فإذا قال صاحب الحقِّ لمن عليه الدَّين أبرأتك من الدعوى المتعلّقة بثمن البيع كان ذلك إبراءً خاصاً من تلك الدعوى وليس له بعد ذلك أنْ يدّعي عليه خصوص ذلك(٢).

ب- الإبراء من ذات المال المخصوص وهو أربع أنواع (٣):

١) إبراءٌ من دينٍ خاصّ كأنْ يكون أحد عليه دَين لآخر سببه القرض مثلاً، فيقول أبرأتُك عن القرض فيبرأ منه دون غيره.

٢) إبراءٌ من عموم الدَّين كأنْ يكون أحدٌ مديناً لآخر بديون متعدّدة الأسباب كالقرض وثمن المبيع وبدل الإجارة وغيرها، فيقول أبرأتُك من الدَّين فيبرأ من كل دين ولا يبرأ من العين.

---

(١)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٣ ص١٩٣.

(٢)حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، مصدر سابق، ج٤ ص١١.

(٣)ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، مصدر سابق، ج٦ ص١٣١.
الحطاب، **مواهب الجليل** شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج٥ ص٢٣٢،
القليوبي، **حاشية قليوبي** على المنهاج، مصدر سابق، ج٣ ص١٣٠.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٨٤،
حيدر، **درر الحكام**، مصدر سابق، ج٤ ص١١.

٣) إبراء من حق مخصوص كالإبراء من حق الشفعة في عقار بعد ثبوت الشفعة فيه وكالإبراء من حق القصاص، فإذا أبرأه من حق مخصوص برئ من ذلك الحق ولا يبرأ من غيره من الحقوق.

٤) الإبراء من العين سواء أبرأه من عين بخصوصها كقوله أبرأتك من هذا العبد ومن كل عين، فإذا أبرأه من العين لم يصح لأن الأعيان لا توصف بالبراءة ولأن الإبراء إسقاط والأعيان لا تقبل الإسقاط.

والإبراءُ الخاصّ في المجلَّة المادة (١٥٣٧) : هو إبراءُ أحدٍ آخرَ منْ دعوى متعلّقة بخصوص مادة، كدعوى الطلب من دار أو ضيعةَ أو جهة أخرى.

٢-الإبراء العام[1]:

وهو ما تمّ بلفظ يعمّ كافَّة الحقوق سواء كان اللفظ على سبيل الإخبار كقوله : لا حقَّ ولا دعوى ولا خصومة لي قبل فلان، أو هو بريءٌ من حقّي أولا دعوى لي عليه أو لا تعلق لي عليه أو أستحق عليه شيئاً أو ليس لي معه أمر شرعي أو برئت من الذي قبله، أو كان اللفظ على سبيل الإنشاء كقول المبرئ لغريمه أبرأتُك عما لي قبلك من الحق، أو أبرأتك من كل حق.

والإبراء العام كما في المجلة المادة (١٥٣٨): هو إبراء أحد آخر من كافة الدعاوى وهو نوع من الإقرار.

٤- هل يحتاج الإبراء إلى قبول؟

يرى الجمهور غير المالكية[2]: أنْ الإبراء لا يحتاج إلى قبول، فينعقد بمجرَّد الإيجاب، لأنّه عند الحنفية والحنابلة إسقاط[3]، والإسقاطات كالطّلاق والعتق لا تحتاج إلى قبول،

---

(١)الدسوقي، **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٣ ص٤٦٨،
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٤ ص٦٢٣،
الحطاب، **مواهب الجليل** شرح مختصر خليل ج٥ ص٢٣٢.
حيدر، **درر الحكام**، مصدر سابق، ج٤ ص١١.

(٢)الدسوقي، **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٤ ص٩٩.

(٣)ابن نجيم، **البحر الرائق**، مصدر سابق، ج٦ ص٢٦٨. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٥ ص٢٠٣.
ابن قدامة، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٨ ص٦٢.

سواء أكان التعبير بلفظ الإبراء أم بلفظ هبة الدين للمدين، وطالب بعض الحنفية بالقبول في هبة الدين للمدين، والمشهور هو الأول.

وبالرغم من أنْ الرّاجح لدى الشافعية أنّ الإبراء تمليك المدين ما في ذمته كما بينت، فلا يحتاج إلى القبول، لأنّ المقصود منه الإسقاط[1].

ومثال الإيجاب : أنْ يقول : أبرأتُك من دَيني، أو أحللتُكَ مِنْه، أو أسقطتُّه عنكَ، أو ملَّكتُك إياه، أو تركْتُه لك، ونحو ذلك. نصَّت المادة (١٥٦١) من مجلَّة الأحكام العدلية أنَّه : " إذا قال أحد : ليس لي مع فلان نزاع ولا دعوى، أو ليس لي عند فلان حق، أو فرغت من دعوايَ التي هي مع فلان أو تركتها، أو ما بقي لي عنْدَه، أو استوفيتُ حقِّي من فلان بالتّمَام، يكونُ قد أبرأه "[2].

وهذا ما وافقته المادة (٤٤٤) من القانون المدني الأردني حيث نصّت على أنَّه : " إذا أبرأَ الدَّائنُ مَدينَهُ مُختاراً منْ حقٍّ لَه عليه سَقطَ الحَقّ وانْقَضَى الالتِزَام ". وهذه المادّة تطبيق للقواعد العامّة في انقضاء الحقوق. والحقُّ ينقضي بالإبراء دونَ توقّفٍ على مراعاة شكلٍ خاصّ، ولو كان متعلقاً بالتزام يشترط فيه شكل فرضه القانون أو الاتفاق [3].

وقد نَصَّت المادة (٤٤٥) من القانون المدني الأردني على أنَّه : " لا يتوقف الإبراء على قبول المَدين إلاّ أنّه يرتدّ بردّه، وإنْ ماتَ قبل القبول فلا يؤخذ الدَّين من تركته ". ومصدرُ نصّ هذه المادة من مرشدُ الحَيران في المادة (٢٣٤) التي تنصُّ على أنّه إذا أبرأ شخصاً من حق عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق، والمادة (٢٣٩) التي نصَّت على أنه لا يتوقف الإبراء على قبولِ المَدِين من تركته، وتضمَّنت المادة (١٥٦٢) من مجلّة الأحكام العدلية أنّه إذا أبرأ أحدٌ آخرَ من حقّ سقط، كما تضمّنت المادة (١٥٦٨) أنّ الإبراء لا يتوقف على القبول ولكن يرتدّ بالردّ[4].

---

(١)الماوردي، **الحاوي الكبير**، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٩.

(٢)حيدر، علي، **درر الحكام** شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ج٤ ص٥٦.

(٣)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١ ص٤٩٨.

(٤)المصدر السابق، ج ١ ص٤٩٧.

ويكون القبول في مجلس العقد بالاتّفاق، إلاّ أنّ الشافعيةُ(١) اشترطوا القبول لفظاً فوراً فيما لو وكله في إبراءِ نَفْسه، ولو من الحاكم. وظاهرُ المذهب المالكيّ جواز تأخير القبول عن الإيجاب، وعبارتهم : مَنْ سكت عن قبول صدقته زماناً، فله قبولها بعدئذ.

واستثنى الحنفية(٢) منَ عدم توقّف الإبراء على القبول : الإبراءُ عن بدلَي الصّرْف، وعن رأس مال السّلَم، فيتوقف فيهما الإبراء على القبول؛ لأن الإبراء يؤدي إلى تفويت القبض المستحق، وفواته يوجب بطلان العقد، ونقض العقد لا ينفرد به أحد العاقدين، بل لا بد من قبول الطرف الآخر، فإنْ قبله برئ، وإنْ لم يقبله لم يبرأ، وإذا تمَّ الإبراء مع القبول انفسخَ عقد الصرف والسّلَم، لعدم تحقّقِ القبض المشروط لصحة كلّ منهما.

أمّا الإبراء عن المسلم فيه أو عن ثمن المَبيع فيجوز منْ غير قبول، لأنَّ قبض المسلم فيه أو الثّمن ليس بشرط، والإبراء عنْ دَيْن لا يجب قبضه شرعاً إسقاط لحق المبرئ لا غير، فيملك الإبراء منْ نفسه فقط.

٥-رَدّ الإبراء :

اختلفَ الفقهاء في رد الإبراء على رأيين :

١-ذهب الشافعية في الراجح والحنابلة : إلى أن الإبراء يتم بالإيجاب دون حاجة إلى قبول، ولا يرتدّ بالرَّدّ منَ المَدِين، لأنّه إسقاط عند الحنابلة، كإسقاط القصاص والشفعة، والمقصود منه الإسقاط عند الشافعية، فيصحّ الإبراء منَ الدَّين ولو ردَّه المَدِين(٣).

٢-ذهَبَ الحنفية والمالكية : إلى أنّ الإبراء يرتدّ بالردّ، في المجلس أو بعده، مادام لم يحدث منه قبول صريح قبل رده، لأنّ الإبراء عند المالكية يفتقر إلى القبول، ولأنّ فيه معنى التمليك. ولمراعاة معنى التمليك عند الحنفية وإنْ كان إسقاطاً(٤)، فنظراً لما فيه من معنى التمليك فإنه يرتدَ بالرَّد.

---

(١)السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٢)الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٠٣.

(٣)الماوردي، **الحاوي الكبير**، مصدر سابق، ج١٥ ص٣٨٩.
البهوتي، **كشاف القناع**، ج٤ ص٣٣٦.

(٤)الحصكفي، **الدر المختار ورد المحتار**، مصدر سابق، ج ٤ ص٥٤٤،
الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، مصدر سابق، ج٤ص ٩٩.

والردّ المعتبر : هو ما يصدر مِنَ المبرأ، أو مِنْ وارثه بعد موته. واستثنى الحنفيةُ مسائل أربعاً لا يرتدّ فيها الإبراء بالرد وهي[1] :

١ و ٢ – الإبراء في الحوالة والكفالة على الرّاجح، لأنّ الإبراء فيهما إسقاط محض، ليس فيه تمليك مال، والإسقاط المحض لا يحتمل الردّ، لانعدام الساقط وتلاشيه، فلو أبرأ المحالُ المحالَ عليه فرده لا يرتد، ولو أبرأ الدائن الكفيل فردُّه لايرتدّ.

٣ – إذا تقدّم من المبرأ على الإبراء طلب بأنْ قال للمبرئ : أبرئني، فأبرأه، فردّ، لا يرتدّ.

٤ – إذا سبق للمُبْرأ أنْ قبل الإبراء، فإذا ردّه بعدئذ لا يرتَدّ. أمّا المجلّة العدلية فقد نصَّت في المادة ١٥٦٨ على ما يلي بالنسبة للقبول والرد أخذاً برأي الحنفية : " لا يتوقف الإبراء على القبول، ولكن يكون بالردّ مردوداً، لأنّه إذا أبرأ أحدٌ آخرَ، فلا يشترط قبوله، ولكن إذا ردّ الإبراء في ذلك المجلس بقوله : لا أقبل، يكون ذلك الإبراء مردوداً، يعني لا يبقى له حكم، لكن لو رده بعد قبول الإبراء لا يكون الإبراء مردوداً، وأيضاً إذا أبرأ المحال له المحال عليه، أو صاحبُ الطلبِ الكفيل، ورد ذلك المحال عليه أو الكفيل، لا يكون الإبراء مردوداً"[2].

٦- شروط الإبراء :

أ) شروط المُبْرِئ[3] :

١. أنْ يكون منْ أهل التّبرع، أي عاقلاً بالغاً راشداً غير محجور لسفه أو لدين، لأنَّ الإبراء تبرّع من الدّائن، إذ لا يقابله عوض من المدين. وشرْط عدم الحجر لدين عند الحنفية على المفتى به من رأي الصاحبَين بجواز الحجر على المدين هو شرط نفاذ، فإبراء المحجور عليه بسبب الدَّين صحيح موقوف على إجازة الدائنين، حفاظاً على حقوقهم.

---

(١)ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار** ، مصدر سابق، ج٤ ص٥٤٤.

(٢)حيدر، علي، **درر الحكام**، مصدر سابق، ج٤ ص٦٤.

(٣)قدري باشا، **مرشد الحيران**، مصدر سابق، المادة ١٨٤-١٩٨،
الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٤ ص٥٣١،
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٤ ص٩٨.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٢٩.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٠٢.
السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص١٥٢.

٢. أنْ يكون ذا ولاية على الحقِّ المبرأ منه : بأنْ يكون مالكاً له، أو موكلاً بالإبراء منه، أو وصيّاً على الدائن.

٣. أنْ يكون بالرّضا والاختيار من المبرئ، فلا يصحّ إبراء المكرَه.

ب)شروط المُبْرَأ :

يَشترط باتّفاق الفقهاء[(١)] في المبرأ أنْ يكون معلوماً معيناً، غير مجهول، ولا مبهم، فلو أبرأَ أحد غريميه مَدينَيه، فقال لهما : أبرأتُ أحدَكما، فلا يصحّ. وكذا لو قال : أبرأتُ كل مَدين لي، أو كلِّ مدين لمورّثي، لا يصحّ كما أنَّ الإقرار ببراءةِ كل مَدين له لا يصح، إلاّ إذا قصد مَديناً معيناً أو أناساً محصورين. فإذا قال : أبرأتُ هؤلاء المدينين لِي، صحّ.

وعلّل الشافعية عدم صحة الإبراء مع جهالة المَدين المُبرأ بأن الإبراءَ فيه معنى التمليك، ولا يصحّ تمليك المجهول، والإبراء تمليك من المبرئ، إسقاط عن المُبرأ عنه، فيشترط علم الأول دون الثاني[(٢)].وقد نصَّت المجلّة في المادة (١٥٦٧) على هذا الشرط : يلزم أنْ يكون المبرؤون معلومين ومعيّنين، بناءً عليه، لو قال أحد : أبرأتُ كافّة مديونيّ، أو ليس لي عند أحد حق، لا يصحُّ إبراؤه. وأمّا لو قال : أبرأتُ أهالي منطقة كذا وكذا، وكان أهل تلك المنطقة معينين، وعبارة عن أشخاص معدودين، فيصح الإبراء[(٣)].

ج)شروط المبرأ منه[(٤)]**:**

١- أنْ يكون المُبْرَأ مِنْه معلوماً : وهو عند الشافعية، فلا يصحّ الإبراء من المجهول، وهو ما لا تسْهُل معرفته، ويكون الإبراء من المجهول جنساً أو قدراً أو صفة باطلاً، لأنّ الإبراء تمليك وهو يتوقف على الرِّضا، ولا يعقل الرِّضا مع الجهالة. ولو أبرأه من الدَّراهم التي عليه، ولا يعلم قدرها، برئ من ثلاثة، لأنَّها أقلّ الجمع على المعتمد.

---

(١)السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص١٢٥.
البهويتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٣٧.
(٢)الماوردي، **الحاوي**، مصدر سابق، ج١٥ ص٨٧٧.
(٣)حيدر، علي، **درر الحكام**، مصدر سابق، ج٤ ص٦٣.
(٤)الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٢٠٢.
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص٤١١،
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٤ ص٣٣٦.

٢-ألاّ يكون المُبْرَأ منه عيناً منَ الأعيان : لأنَّ العَين لا تثبت في الذمّة، والإبراء إسقاط، والذي يقبلُ الإسقاط : ما يشغل الذِّمم منَ الحقوق، فيكون الإبراء منَ الأعيان باطلاً، فلو غصب إنسان كتاباً، لم يصح الإبراء منه.

٣-أنْ يكون المُبْرَأ منْه موجوداً عند الإبراء : فيبطل الإبراءُ من الحقّ قبل وجوده، كأنْ تبرئ شخصاً ممّا سيقرضه لك، أو ممّا سيَجِبُ لَه. وبناء عليه، لم يجز الحنفية إبراء الزَّوجةُ زَوْجَها من نفقة مستقبلة، ولا منْ نفقة العدَّة قبل أن يطلقها، لأنَّ الإبراء إسقاط، وما سيوجد ساقط فعلاً، فلا يقبل إسقاطاً.

د) شروط صيغة الإبراء[1]**:**

اشترط الجمهور سوى المالكية أنْ يكون الإبراء منجَزاً غير معلّق بشرط ولا مضاف للمستقبل. فالتّنجيز شرط كأنْ يقول الدّائن لمدينه : أبرأتُك من ديني، لأنَّ في الإبراءِ معنى التَّمليك، والتّمليكات لا تقبَل التعليق.

وإنْ عُلّق على الموت، صح على رأي الحنفية والحنابلة، لأنَّه يكون حينئذ في معنى الوصية، والوصيّة بالبراءة من الدين جائزة.

وإنْ عُلّق الإبراء على الشَّرط المتعارف، لم يجز في مذهب الحنفية، وجاز عند بعض الحنفية.أما إنْ كان التعليق على غير ما ذُكر فلا يجوز عند الجمهور، لَما في الإبراءِ منْ معنى التّمليك، والتّمليكات لا تقبل التَّعليق، والتَّعليق مشروع في الإسقاطات المحضة.

وأجاز المالكية تعليق الإبراء مطلقاً، لما فيه من معنى الإسقاط.

٧- أثر الإبراء وحكم الرجوع عنه :حكمُه وأثره المترتب عليه إذا صدر مستوفياً شروطه : هو سقوط الحق المبرأ منه بحسب كون الإبراء خاصاً أو عاماً، فإذا كان خاصاً،

(١)الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٤ ص١٧٦.
الكاساني، **بدائع الصنائع**، مصدر سابق، ج٦ ص٤٥-٥٠،
عليش، **فتح العلي المالك**، مصدر سابق، ج١ ص٢٢٩، ٣٢٢، ٣٣٥،
السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص١٥٢.
النووي، **المجموع**، مصدر سابق، ج١٠ ص١٠٠.
البهوتي، **كشاف القناع**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٠٥.
ابن قدامة، **المغني**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٨٣.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص٦٦.

لم تجز المطالبة بالحق، ولا تسمع دعواه فيما تناوله الإبراء. وإذا كان عاماً شمل جميع الحقوق الموجودة عند صدوره، ولا يشمل ما يحدث بعده من الحقوق.

ولا يقبل من المبرئ الرّجوع عن الإبراء ولا العدول عنه في رأي الحنفي والحنابلة، وفي الرّاجح عند الشافعية، كما لا يقبل الرجوع بالاتفاق إذا زال الملك عن الموهوب [1].

وكذلك لا يجوز الرجوع عن الإبراء في مذهب المالكية بعد القبول، إذ أنّ ظاهر المذهب كما عرفنا اشتراط القبول، كما لا يجوز في الهبة[2].

واستثنى الحنفية[3] منْ أثر الإبراء بعدم سماع الدعوى ما يكون فيه طروءُ خفاء يُعذَرُ به المُبْرِئُ في دعواه مع صدور الإبراءِ العام منْه كما في المسائل الآتية :

١ - إدّعاء ضمان الدَّرَك في البيع السابق للإبراء : لأنّه وإنْ كان البيع متقدماً على الإبراء ومشمولاً بأثره، فإنَّ ضمان الدرك متأخر عنه. وضمان الدرك: هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمّل التّبعة عند ظهور حقّ فيه.

٢ - ظهور شيء من الحقوق للقاصر، لم يكن يعلم به، بعد أنْ بلغ وأبرأ وصيَّه إبراءً عاماً، بأنْ أقرَّ بأنَّه قبض كامل تركة والده.

٣ - إدِّعاء الوصي ديناً للميت، بعد أنْ أقرَّ باستيفاء جميع ماله على النّاس.

٤ - إدِّعاء الوارث ديناً للمورث، بعد إقراره على النحو السابق.

ويلاحظ أنَّ سقوط حقّ الادّعاء بسبب الإبراء إنّما هو عند الحنفية بالنِّسبة لأحكام القضاء لا الديانة، فلو ظفر المبرئ بحقِّه أخذه.

وأثر الإبراء في القانون المدني الأردني هو انقضاء الدين كما نصت المادة (٤٤٤) من المشروع، وهي تطبيق للقواعد العامة في انقضاء الحقوق.

---

(١)السيوطي، **الأشباه والنظائر**، مصدر سابق، ص١٥٢.
البهوتي، **كشاف القناع**، ج٤ ص٣٤٦.

(٢)الحطاب، **مواهب الجليل**، مصدر سابق، ج٥ ص٢٣٢.

(٣)الحصكفي، **الدر المختار**، مصدر سابق، ج٤ ص٤٩٥.

وينقضي الحقّ بالإبراء دون توقف على مراعاة شكل خاصّ ولو كان متعلقاً بالتزام يشترط فيه شكل فرضه القانون أو الاتفاق.

٨-الفرق بين الإبراء والإسقاط :

يلتقي الإبراء والإسقاط في أنّ كلاً منهما عقد يراد به رفع الحق من قبل صاحبه والتخلّي عنه، ولكنّ الإسقاط أعمّ من الإبراء وأوسع لأنَّ الإبراءَ من الحقِّ نوع من أنواع الإسقاط، وهو خاصّ بالحقوق الثابتة للمبرئ قِبَلَ شخص معيّن، سواء كانت هذه الحقوق ثابتة في الذمة كالحال في الإبراء من الدين بكافة أنواعه أو كانت غير ثابتة في الذمة ولكنّها قائمة بنفسها كحق الدعوى والكفالة.

والإسقاط يتعلق بحقٍّ ثابت للمسقط سواء كان قِبَلَ شخص معين كحق الدين والدعوى، أو لم يكن قِبَلَ شخص بذاته كحق الشفعة وحق السكنى لمن أوصى له بسكنى دار معينة، فإنّ حقَّ الشفعة مقرَّر للشفيع قبل أنْ يشتري العقار الذي هو يملك العين سواء كانوا الورثة أو غيرهم[1].

---

(١)ابن عابدين، **الحاشية**، مصدر سابق، ج٥ ص٨٠٧.
الدردير، **الشرح الكبير**، مصدر سابق، ج٣ ص٣٧٨.
الشربيني، **مغني المحتاج**، مصدر سابق، ج٢ ص١٢٩.
المرداوي، **الإنصاف**، مصدر سابق، ج٧ ص١٢٧.

الخاتمة:

بعد الانتهاء من دراستي هذه فإنّني أُسجّل النتائج الآتية :

١) الإرادة المنفردة مصدرٌ من مصادر الالتزام التي ينعقد التصرّف بها وحدها، بشرط أن يأتي التصرّف الانفرادي موافقاً لما يقض به القانون من شروط الانعقاد والصحة، مشروعاً من حيث القصد والنيّة.

٢) التصرّف الانفرادي لا يجوز الرجوع فيه إذا استوفى ركنه وشروطه، وتسري عليه الأحكام الخاصة بالعقود.

٣) الوعد يُلزم صاحبه ما لم يمُت أو يفلس، وإنْ وَعَد بجائزة مقابل القيام بعمل، له الرجوع ما لم يعيّن لوعده أجل.

٤) استحباب الوصية مع وجود أركانها وشروطها الشرعية والقانونية التي تهدف إلى تحقيق العدل وتحصيل المنافع ودرء المفاسد.

٥) الشريعة الإسلامية وضعت ضوابط ومبادئ للتعامل بين الناس، لا يجوز تجاوزها لما فيها من مصالح العباد ومقاصد الشرع.

٦) تختلف الفضالة عن الإثراء بلا سبب في أنّ الإثراء بلا سبب لا يشترط فيه قصد المفتقر إثراء الغير، في حين يشترط في عمل الفضولي تحقيق مصلحة ربّ العمل.

٧) مشروعية الوقف وتنوّع حكمته من حيث تأمين الصدقة الجارية والمورد الدائم للمحتاجين من الورثة وغيرهم والمورد الدائم للجهات الدينية والخيرية.

٨) أنّ هناك عيوب تعتري الإرادة المنفردة لها الأثر في إبرام العقد أو إبطاله وجعله قابلاً للفسخ.

•أمّا التوصيات، فيمكن إجمالها في يأتي :

-الاهتمام ببعض الجوانب فيما يخصّ بعض التصرفات الانفرادية، وتفصيل المقام فيها لتكوّن في بعض مطالبها مادة تصلح أن تكون رسالة علمية.

-إفراد دراسة مستقلّة فيما يتعلّق بالوصيّة أو الوقف أو الشُفعة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون المني، كلّ مطلب في بحث علميّ مستقلّ مستفيض.

-الكتابة في رسالة علمية حول الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقوانين المدنية العربية، كالقانون المصري والعراقي والسوري والجزائري.. إلخ.

وآخر دعوانا أن الحمدُ لله ربّ العالمين

المصادر والمراجع

١- ابن بطال، القرطبي، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، **شرح صحيح البخاري**، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ١٤٢٣-٢٠٠٣، دار النشر مكتبة الرشد-السعودية .

٢- ابن تيمية، الحراني، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (المتوفى ٧٢٨ه)، نشر ١٤٠٨ه-١٩٨٧م **الفتاوى الكبرى** ، تحقيق محمد عبد القادر عطا و مصطفى عبد القادر عطا، ط١ ، دار الكتب العلمية ..

٣- ابن تيمية، مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر، **المحرر في الفقه**، نشر ١٩٩٩، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل و أحمد محمود جعفر صالح ، دار الكتب العلمية بيروت .

٤- ابن القيم، شمس الدين أبي عبد الله ، محمد بن أبو بكر الدمشقي (المتوفى٧٥١هـ)، **أحكام أهل الذمة**، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، نشر ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ط٢ ، دار الكتب العلمية بيروت.

٥- ================، نشر ١٤١٥ه-١٩٩٤م، **زاد المعاد في هدى خير العباد** ، تحقيق شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط، ، ط٢ مؤسسة الرسالة.

٦- ================، محمد بن أبي بكر الدمشقي (المتوفى٧٥١هـ)، نشر ١٩٧٣م، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل – بيروت .

٧- ابن جزي، الكلبي، الغرناطي، أبو القاسم، محمد بن أحمد (المتوفى٧٤١ه)، **القوانين الفقهية** نشر ١٩٩٨م ، دار الكتب العلمية بيروت .

٨- ابن حبان، الدارمي، أبو حاتم، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن بن معاذ بن معبد (المتوفى٣٥٤ه)، نشر ١٤١٤-١٩٩٣، **صحيح ابن حبان بترتيب ابن**

بلبان، تحقيق شعيب الأناؤوط، ط٢ ، مؤسسة الرسالة بيروت.

٩- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي (المتوفى٤٥٦ه) **المحلّى** ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

١٠- ابن خزيمة، النيسابوري السلمي، محمد بن إسحاق، **صحيح ابن خزيمة**، تحقيق د.محمد مصطفى الأعظمي، ١٣٩٠-١٩٧٠، المكتب الإسلامي بيروت .

١١- ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد ، **كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر المعروف بالمقدمة** ، دار الجيل بيروت .

١٢- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد، نشر ١٤٠٨ه، **جامع العلوم والحكم**، ط١، دار المعرفة بيروت .

١٣- ابن رشد، القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (المتوفى٥٢٠هـ)، نشر ١٩٨٨م، **المقدّمات والممهّدات**، تحقيق الأستاذ سعيد أحمد أعراب، ط١ ، دار الغرب الإسلامي .

١٤- ابن عابدين، محمد علاء الدين أفندي، ط١٤٢١-٢٠٠٠، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت .

١٥- ابن عبد البر، القرطبي، النمري، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم (المتوفى ٤٦٣هـ)، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي و محمد عبد الكبير البكري، مؤسسة قرطبة .

١٦- ===============، **الاستذكار**، تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض، ١٤٢١-٢٠٠٠، ط١، دار الكتب العلمية بيروت .

١٧- ابن فارس، أبو الحسين أحمد ين فارس بن زكريا ط(١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) **معجم مقاييس اللغة** ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر .

١٨- ابن قدامة، المقدسي، موفق الدين، أبي محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد (المتوفى ٦٢٠هـ)، **المغني في فقه الإمام أحمد**، تحقيق د محمد شرف الدين خطاب و د السيد محمد السيد ، نشر١٤٢٠هـ، دار الحديث القاهرة.

١٩- ابن قدامة، المقدسي، شمس الدين، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد

(المتوفى٦٨٢هـ)، **الشرح الكبير** ، مطبعة المنار مصر .

٢٠- ابن كثير، الدمشقي، القرشي، أبو الفداء، إسماعيل بن عمرو،**تفسير القرآن العظيم** (المتوفى٧٧٤ هـ)، نشر ١٤٢٠ه-١٩٩٩م، تحقيق سامي بن محمد سلامة، ط٢ دار طيبة للنشر والتوزيع .

٢١- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد (المتوفى٣٧٣هـ) ، **سنن ابن ماجة** ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر بيروت .

٢٢- ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد(المتوفى٨٨٤هـ)، نشر ١٤٢٣هـ -٢٠٠٣م **المبدع شرح المقنع**، دار عالم الكتب، الرياض.

٢٣- ابن مفلح، المقدسي شمس الدين، أبو عبد الله، (المتوفى٧٦٣)، **الفروع ومعه تصحيح الفروع**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، نشر١٤٢٤هـ ،ط١ مؤسسة الرسالة.

٢٤- ابن المرتضى، عز الدين أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن علي اليماني، نشر ١٣٦٦ه-١٩٤٧م، **كتاب البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، تعليقات وتصحيح عبد الله بن عبد الكريم الجرافي ط١ ، دار الحكمة اليمانية .

٢٥- ابن المنذر، النيسابوري، أبو بكر محمد بن إبراهيم المتوفى(٣١٨ه)، **الإجماع** ، تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف فؤاد عبد المنعم أحمد، ١٤٢٠-١٩٩٩، ط٢، مكتبة الفرقان- عجمان.

٢٦- ابن منظور، محمد بن مكرم الأفريقي المصري، **لسان العرب**، ط١ ، دار صادر بيروت

٢٧- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (المتوفى٩٧٠هـ) **الأشباه والنظائر** ١٤٠٠ه-١٩٨٠م ، دار الكتب العلمية بيروت .

٢٨- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (المتوفى٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط٣، دار المعرفة بيروت .

٢٩- ابو السعود، د.رمضان، ١٩٨٦، **مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني** ، الدار الجامعية، بيروت.

٣٠- ======، ط١٩٩٧، **المدخل إلى القانون**،النظرية العامة للقاعدة القانونية، دار المطبوعات الجامعية .

٣١- ابو جيب ، سعدي ، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً** ، ط٢، دار الفكر دمشق.

٣٢- ابو زهرة، محمد، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر العربي

٣٣- =======، **شرح قانون الوصية**، ط٢، مكتبة الأنجلو المصرية – القاهرة.

٣٤- =======، **محاضرات في الوقف**، نشر ١٩٩٠م، دار الفكر العربي .، مطبعة أحمد علي مخيمر- مصر .

٣٥- احمد، محمد شريف، **مصادر الالتزام في القانون المدني** ، ط١ ، دار الثقافة عمان

٣٦- الأزهري، أبي منصور محمد بن أحمد، نشر ٢٠٠١م، **تهذيب اللغة** ، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٣٧- الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، ط١، سنة ١٤٢٠هـ، دار الكتب العلمية بيروت .

٣٨- اطفيش، محمد بن يوسف، ١٤٠٧-١٩٨٧، **شرح كتاب االنيل وشفاء العليل**، وزارة التراث القومي والثقافة عُمان .

٣٩- أمير باد شاه، الحنفي، محمد أمين بن محمود، (المتوفى٩٧٢هـ)، **تيسير التحرير على كتاب التحرير** ، دار الفكر بيروت .

٤٠- الأنصاري، السنيكي، زين الدين، زكريا بن محمد بن زكريا، ت٩٢٦ه، ط١٤٢٢-٢٠٠٠، **أسنى المطالب شرح روض الطالب** (شرح لكتاب روض الطالب لابن مقري اليمني إسماعيل بن أبي بكر (ت٨٣٧ه)، تحقيق د محمد محمد تامر، ط١

دار الكتاب الإسلامي بيروت.

٤١- البعلي، الحنبلي، أبو عبد الله، محمد بن أبي الفتح، **المطلع على أبواب الفقه** ، تحقيق محمد بشير الأدلبي نشر١٤٠١هـ-١٩٨١، ط١ المكتب الإسلامي .

٤٢- الترمذي، السلمي، أبو عيسى، محمد بن عيسى، **سنن الترمذي (الجامع الصحيح)** ، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي بيروت.

٤٣- الفيومي، الحموي، أبو العباس، أحمد بن محمد بن علي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، المطبعة الميمنية مصر

٤٤- البابتري، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله (المتوفى ٧٨٦هـ)، **العناية شرح الهداية**، نشر١٩٧٠، ط٢، دار الفكر بيروت .

٤٥- البابرتي، الحنفي، ابن الهمام قاضي زاده، ط ١٣١٨ هـ **شرح فتح القدير مع تكملته نتائج الأفكار**، وبهامشه شرح العناية على الهداية وحاشية سعدي جلبي على شرح العناية. ، ط١ المطبعة الكبرى الأميرية بمصر.

٤٦- باز، سليم رستم، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، ط٣ ، دار الكتب العلمية بيروت.

٤٧- الباشا، محمد قدري، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، نشر ١٣٠٨هـ، ط٢، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق-مصر .

٤٨- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر (المتوفى١٢٢١هـ)، نشر١٤١٥هـ-١٩٩٥م، **حاشية البجيرمي على الخطيب**، دار الفكر بيروت .

٤٩- البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة (المتوفى : ٢٥٦هـ)، **الجامع الصحيح** نشر ١٤٠٧ – ١٩٨٧، ضبط وترقيم د. مصطفى البغا، ط٤ ، دار ابن كثير، دمشق/ بيروت. اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق .

٥٠- البخاري، علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (المتوفى ٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، نشر ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ط١، دار الكتب العلمية-بيروت .

٥١- البدراوي، عبد المنعم، **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني**

المصري، نشر١٩٧٥م، مطبعة المدني-القاهرة .

٥٢- براج، جمعة محمد، **أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية**، دار يافا العلمية عمّان الأردن .

٥٣- برشومي، عبد الفتاح عبد الله، **الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي**، نشر ١٩٨٨، ط١، دار الطباعة المحمدية _ القاهرة .

٥٤- البغوي، الحسين بن مسعود، **شرح السنة للإمام البغوي**، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، ١٤٠٢-١٩٨٣، ط٢، المكتب الإسلامي- دمشق- بيروت .

٥٥- البكري الدمياطي، أبو بكر بن محمد، المتوفى (١٣٠٢هـ)، **حاشية إعانة الطالبين**، ١٤١٨-١٩٩٧، ط١ .

٥٦- البكري، عبد الباقي، ط١٩٧٢، **المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية** ، دار النشر جامعة بغداد .

٥٧- البهوتي، الشيخ منصور بن يونس بن إدريس(المتوفى)١٠٥١ه)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد دار عالم الكتب الرياض.

٥٨- ===================، **كشاف القناع عن متع الإقناع**، تحقيق محمد أمين الضناوي، نشر ١٩٩٧م، ط١، عالم الكتب بيروت.

٥٩- ===================، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، نشر ١٤١٤ه-١٩٩٣م، ط١، عالم الكتب- بيروت .

٦٠- ===================، **الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع**، تحقيق سعيد محمد اللحام ، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت – لبنان.

٦١- البيجوري، إبراهيم، حاشية الشيخ إبراهمي **البيجوري على شرح العلامة ابن القاسم الغزّي على متن الشيخ أبي شجاع**، ضبطه وصححه محمد عبدالسلام هارون، نشر ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ط٢ دار الكتب العلمية بيروت .

٦٢- البيهقي، أبو بكر، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (المتوفى٤٥٨هـ)،

نشر ١٤١٤ه-١٩٩٤م، **سنن البيهقي الكبرى**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الباز- دار الكتب العلمية مكة المكرمة .

٦٣- الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى، **سنن الترمذي**، تحقيق محمد أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي بيروت .

٦٤- التفتازاني، الشافعي، سعد الدين مسعود بن عمر،(المتوفى٧٩٣ه)، نشر ١٤١٦ه-١٩٩٦م، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه تحقيق زكريا عميرات ط١ ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٦٥- التهانوي، محمد علي، ط١٩٩٦،كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، مكتبة لبنان ناشرون بيروت.

٦٦- جديع ، عبد الله بن يوسف، نشر ١٤١٨ه-١٩٩٧م، تيسير علم أصول الفقه، ط١، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع .

٦٧- جرجاني، علي بن محمد بن علي نشر١٤٠٥، التعريفات ، تحقيق إبراهيم الإبياري ، ط١ ، دار الكتاب العربي بيروت .

٦٨- الجميلي، خالد رشيد، **الجعالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون**، ص١٠٢، طبع ١٩٨٦، دار الندوة الجديدة بيروت .

٦٩- الجوهري، الفرابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد، الصحاح في اللغة والعلوم، تجديد الصحاح للعلامة الجوهري، **المصطلحات العلمية والفنية للجامع والجامعات العربية**، تقديم العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، أعداد وتصنيف نديم مرعشلي، اسامة مرعشلي، مادة غلط، ج٢ ص٢٠٥ دار الحضانة العربية، بيروت

٧٠- الجوهري، إسماعيل بن حماد (المتوفى ٣٩٣هـ)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، نشر ١٩٩٠، ط٤، دار العلم للملايين – بيروت .

٧١- الحجازي، د.عبد الحي، نشر ١٩٥٤م، **النظرية العامة للالتزام**، مطبعة نهضة مصر .

٧٢- الحجاوي، أبو النجا، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى(المتوفى : ٩٦٠هـ)، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى

السبكي، دار المعرفة بيروت .

٧٣- حسن، د. أحمد، ١٩٩٦م، **بيت المال (النظام المالي)** ، الوعي الإسلامي.

٧٤- حسين، أحمد فراج، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية،** ط٣، مؤسسة الثقافة الجامعية.

٧٥- الحصكفي،محمد بن علاء الدين بن علي(المتوفى : ١٠٨٨هـ) ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار** في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة ط١٣٨٦هـ ، دار الفكر بيروت.

٧٦- الحطاب، المغربي الرعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (المتوفى٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،** ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، نشر ١٤١٦هـ، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.

٧٧- حكيم، د. عبد المجيد، **الوسيط في نظرية العقد،** ١٩٧٦م، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد .

٧٨- الحلي، أبو القاسم، نجم الدين جعفر بن الحسن، **شرائع الإسلام** .

٧٩- حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام،** تحقيق تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية لبنان بيروت.

٨٠- خالد محمد عبد الرحيم، **أحكام الوقف على الذرية في الشريعة الإسلامية،** نشر ١٤١٦ه-١٩٩٦م، دراسة مقارنة مع التطبيق القضائي في المملكة العربية السعودية مكة المكرمة ، مطابع الصفا مكة المكرمة.

٨١- خان، محمد صديق حسن، ١٣٤٧هـ-١٩٢٩م، **نيل المرام في تفسير آيات الأحكام،** المطبعة الرحمانية – مصر .

٨٢- الخرشي، أبو عبد الله محمد، **شرح مختصر خليل،** مطبعة محمد أفندي مصطفى مصر .

٨٣- الخصاف، الشيباني، أحمد بن مر، نشر١٩٩٩، **أحكام الوقف،** ط١ ، دار الكتب العلمية بيروت.

٨٤- الخفيف، الشيخ علي، **أثر الموت في الالتزامات**-بحث منشور بمجلة

القانون والاقتصاد المصرية-العدد الخامس-السنة الحادية عشرة ١٩٤١ .
٨٥- ============، **أحكام الوصية** بحوث مقارنة تضمن شرح قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦،ط١ ، دار الفكر العربي .
٨٦- ============، **أحكام المعاملات الشرعية** نشر ١٩٩٦م، ط١ دار الفكر العربي.
٨٧- خلاف، عبد الوهاب(المتوفى ١٣٧٥هـ)، **علم أصول الفقه** ط٨، مكتبة الدعوة - دار القلم .
٨٨- داود،أحمد محمد علي، **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون**، ط٢، دار الثقافة-عمّان.
٨٩- درادكة، د. ياسين أحمد إبراهيم، **نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية** ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون المقدسات الإسلامية - الأردن .
٩٠- الدردير، أبو البركات، أحمد بن محمد العدوي (المتوفى ١٢٠١هـ)، **الشرح الكبير**، تحقيق محمد عليش، دار الفكر بيروت .
٩١- الدسوقي، الشيخ محمد عرفة (المتوفى ١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، دار الفكر بيروت .
٩٢- الدسوقي، أبو الليل، إبراهيم، **خيار الشفعة**، بحث منشور في مجلة الحقوق السنة الثانية عشر العدد الثاني سنة النشر ١٩٨٨، كلية الحقوق – جامعة الكويت.
٩٣- ذنون، د. حسن علي، **أصول الالتزام**، ١٩٧٠، مطبعة المعارف بغداد .
٩٤- الرازي، محمد الرازي فخر الدين بن ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الري، (المتوفى ٦٠٤ه)، **التفسير كبير ومفاتيح الغيب**، دار الفكر .
٩٥- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر ، **مختار الصحاح**، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون بيروت .
٩٦- الرّصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري (المتوفى ٨٩٤هـ)، **شرح حدود ابن عرفة** الموسوم بالهداية الكافية الشافية، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر

المعموري، **١٩٩٣م**، ط١، دار الغرب الإسلامي-بيروت .

٩٧- الرملي، شهاب الدين، شمس الدين، محمد بن أبي العباس، أحمد بن حمزة (المتوفى : ١٠٠٤هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**،دار الكتب العلمية بيروت .

٩٨- الرواشدة، محمد أحمد، **العفو الخاص وأثره في إسقاط عقوبة القصاص**، مجلة كلية المعارف الجامعية، العدد٤، سنة ٢٠٠٢ ..

٩٩- الزَّبيدي، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني أبو الفيض الملقّب بمرتضى ، **تاج العروس من جواهر النفوس**، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية .

١٠٠- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلّته، نشر ١٩٨٩، ط٣، دار الفكر – دمشق

١٠١- الزحيلي، وهبة، **الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي**، نشر ١٩٩٦م، دار الفكر دمشق .

١٠٢- الزرقا، أحمد، **شرح القواعد الفقهية، ١٩٩٣**، ط٣ ، دار القلم-دمشق .

١٠٣- الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، ط١ نشر ١٤١٨-١٩٩٨ دار القلم دمشق.

١٠٤- ==========، ط١٤٢٠، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، دار القلم دمشق .

١٠٥- ==========، ١٤١٩ه-١٩٨٩م، **أحكام الوقف**، ط٢ ، دار عمّار عمان

١٠٦- الزرقاني، الإمام سيدي محمد، **شرح الزرقاني على الموطأ**، نشر ١٩٨١م، دار الفكر بيروت.

١٠٧- الزركشي، الحنبلي المصري، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله (المتوفى٧٧٢)، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، ١٤٢٣-٢٠٠٢، دار الكتب العلمية بيروت

١٠٨- الزركشي، الشافعي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، ٧٤٥-٧٩٤ه، **البحر المحيط**، راجعه د.عمر سليمان الأشقر، نشر١٤١٣ه-١٩٩٢م، ط٢،

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، .

١٠٩- زكي، محمود جمال الدين، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، نشر١٩٧٨، مطبعة جامعة القاهرة.

١١٠- ==========، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري**، نشر١٩٧٨م، جامعة القاهرة .

١١١- الزيلعي، البارعي، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن (المتوفى ٧٤٣هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، نشر ١٣١٣هـ، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق القاهرة .

١١٢- الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد (المتوفى ٧٦٢هـ)، **نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي**، تحقيق محمد عوامة، نشر ١٩٩٧م، ط١، مؤسسة الريان للطباعة والنشر بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية جدة .

١١٣- سابق، سيد، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م، **فقه السنة**، ط٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت .

١١٤- السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي و ولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي، **الإبهاج في شرح المنهاج السبكي** (المتوفى ٧٥٦هـ) نشر١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية – بيروت .

١١٥- سراج، د. محمد، نشر ١٩٩٥م، **أحكام الوقف في الفقه** .

١١٦- السرخسي، شمس الدين أبو بكر، محمد بن أحمد بن أبي سهل، **المبسوط**، تحقيق خليل محيي الدين الميس، نشر ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع-بيروت .

١١٧- سعد، نبيل إبراهيم، **الشفعة علماً وعملاً**، نشر١٩٩٧، منشأة المعارف – الأسكندرية .

١١٨- سلطان، أنور، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، سنة٢٠٠٥م، دار الثقافة للنشر والتوزيع-عمان .

١١٩- السماني، الرحبي، أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد (المتوفى٤٩٩هـ)، **روضة القضاة وطريق النجاة**، تحقيق المحامي صلاح الدين الناهي، ١٤٠٤-١٩٨٤، ط٢، مؤسسة الرسالة بيروت، دار الفرقان عمان

١٢٠- السنهوري، د.عبد الرزاق أحمد، نشر١٩٦٤ **الوسيط في شرح القانون المدني**، ط٢ ، دار النهضة العربية .

١٢١- ==============، **الوجيز في شرح القانون المدني**، نشر ١٩٩٧م، دار النهضة العربية القاهرة .

١٢٢- ==============، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي**، ١٩٩٨ ط٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت .

١٢٣- السنيكي، الأنصاري، زين الدين أبو يحيى، زكريا بن محمد بن محمد (ت ٩٢٦هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، تحقيق د.محمد محمد تامر، ١٤٢٢-٢٠٠٠، ط١، دار الكتب العلمية بيروت

١٢٤- سوار، محمد وحيد الدين، **الحقوق العينية الأصلية**، ١٩٩٤، دار الثقافة – عمان .

١٢٥- ============، **أسباب كسب الملكية**، نشر ١٩٩٤، مكتبة دار النهضة للنشر والتوزيع-عمان .

١٢٦- السيوطي، الدمشقي الحنبلي،مصطفى بن سعد بن عبده (المتوفى١٢٤٣ه)، نشر ١٤١٥ه-١٩٩٤م، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** ل مرعي بن يوسف بن أبي بكر الكرمي المقدسي ط٢ ، المكتب الإسلامي

١٢٧- السيوطي، أبو بكر، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، **الحاوي للفتاوي في الفقه وعلوم التفسير والحديث والأصول والنحو والإعراب وسائر الأصول**، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ١٤١٢-٢٠٠٠، ط١، دار الكتب العلمية بيروت .

١٢٨- الشاطبي، اللخمي،أبو إسحاق إبراهيم بموسى بن محمد ، **الموافقات** ، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م دراسة وتحقيق:أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ط١ ، دار

ابن عفان .

١٢٩- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، **السنن المأثورة** ، نشر ١٤٠٦، ط١ ، دار المعرفة بيروت .

١٣٠- =================، **كتاب الأم موسوعة الإمام الشافعي**، تنسيق وضبط وتخريج وفهرسة الدكتور أحمد بدر الدين حسون، ط٢، دار قتيبة بيروت و دمشق.

١٣١- **شحاتة، د.شفيق، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية** .

١٣٢- الشربيني، الخطيب شمس الدين محمد، **الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، نشر ١٤١٥هـ، دار الفكر بيروت .

١٣٣- =================، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، اعتنى به محمد خليل عيتاني، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م ط١، دار المعرفة بيروت .

١٣٤- شعبان، د. زكي الدين، و الغندور، د. أحمد، نشر ١٩٨٤م، **أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية**، ط١ ، مكتبة الفلاح الكويت

١٣٥- الشنقيطي، الجكني، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر (المتوفى ١٣٩٣هـ)، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، نشر ١٤١٥ه-١٩٩٥م، ، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت.

١٣٦- شهاب الدين المالكي، البغدادي، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر (المتوفى٧٣٢ه)، **إرْشَادُ السَّالِك إلى أشرف المسالك**، ط٣ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر .

١٣٧- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت١٢٥٠هـ) **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، تحقيق محمد سعيد البدري نشر١٤١٢هـ دار الفكر بيروت.

١٣٨- =================، **الدراري المضية شرح الدرر البهية**، نشر ١٤٠٧-١٩٨٧، ، ط١ ، دار الكتب العلمية.

١٣٩- =================، **السيل الجرار المتدفق على حدائق**

الأزهار، ط١، دار ابن حزم .

١٤٠- الشيباني، أبو عبد الله، أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد حنبل** ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة قرطبة القاهرة .

١٤١- الشيرازي، الفيروزأبادي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (المتوفى٤٧٦هـ)، **التنبيه في الفقه الشافعي**، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر، ١٤٠٣هـ، عالم الكتب-بيروت .

١٤٢- ====================، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** نشر ١٤٦١-١٩٩٥، ، ط١، دار الكتب العلمية بيروت .

١٤٣- ====================، **تكملة المجموع شرح المهذّب** ، تأليف مجموعة، نشر١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ط١، دار الكتب العلمية بيروت .

١٤٤- الصاوي، الخلوتي، أبو العباس أحمد بن محمد (المتوفى ١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير**، تحقيق ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، نشر ١٤١٥ه-١٩٩٥م دار المعارف .

١٤٥- صده ، عبد المنعم فرج ، **محاضرات في القانون المدني**، نشر١٩٦٣، دار النهضة العربية – بيروت

١٤٦- الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام، **مصنف عبد الرزاق**، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي نشر ١٤٠٣هـ، ط٢ ، المكتب الإسلامي بيروت .

١٤٧- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني(المتوفى١١٨٢هـ)، **سبل السلام شرح بلوغ المرام جمع أدلة الأحكام**، راجعه محمد خليل هراس، دار الفرقان- عمان .

١٤٨- الطحاوي، المصري، الحجري، الأزدي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة (المتوفى٣٢١هـ)، **شرح مشكل الآثار** ، تحقيق شعيب الأرناؤوط، نشر ١٤١٥هـ١٩٩٤م، ط١ ، مؤسسة الرسالة.

١٤٩- الطرابلسي، الحنفي، برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبو بكر بن الشيخ علي، **الإسعاف في أحكام الأوقاف** نشر ١٩٠٢م، ، ط٢ ، مطبعة هندية شارع

المهدي الأزبكية مصر .

١٥٠- الطوفي، نجم الدين، أبو الربيع، سليمان بن عبد القوي بن الكريم (ت٧١٦هـ)، **شرح مختصر الروضة**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، نشر ١٤٠٧-١٩٦٧، ط١، مؤسسة الرسالة.

١٥١- العاملي، محمد بن جمال الدين مكي (المتوفى ٧٨٦هـ)، **اللمعة الدمشقية** ، نشر١٤١١هـ، ط١، دار الفكر - قم .

١٥٢- عثمان، محمد عبد الستار، ١٩٨٨م **المدينة الإسلامية** ، سلسلة عالم المعرفة - الكويت .

١٥٣- العثيمين، محمد بن صالح بن محمد، (المتوفى ١٤٢١هـ) **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، نشر ١٤٢٢هـ، ط١ ، دار ابن الجوزي الرياض .

١٥٤- العدوي، علي الصعيدي، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب**، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ١٤١٢هـ، دار الفكر بيروت .

١٥٥- العسقلاني، ابن حجر، ابو الفضل أحمد بن علي، (المتوفى ٨٥٢هـ) **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، نشر ١٣٧٩، دار المعرفة بيروت .

١٥٦- العسقلاني، ابن حجر، أحمد بن علي، (المتوفى ٨٥٢هـ) **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق علي محمد البجاوي، نشر١٤١٢هـ، ط١، دار الجيل بيروت .

١٥٧- العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل ين سعيد بن يحيى بن مهران، (المتوفى ٣٩٥هـ)، **الفروق اللغوية**، تحقيق محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع القاهرة .

١٥٨- العطار، د.عبد الناصر توفيق، **الالتزام بين الشريعة والتشريعات العربية**، مطبعة السعادة القاهرة .

١٥٩- عليش، المالكي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد (المتوفى ١٢٩٩هـ)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، نشر١٤٠٩-١٩٨٩، ط٩، دار الفكر - بيروت .

١٦٠- ==================، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك** فتاوى ابن عليش رحمه الله، جمعها ونسقها وفهرسها علي بن

نايف الشحود، نشر ١٩٥٨م،مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .

١٦١- عمر، د.أحمد مختار عبد الحميد، ط ١٤٢٩-٢٠٠٨م، **معجم اللغة العربية المعاصرة** ، ط١ ، عالم الكتب .

١٦٢- عمران، محمد حمد علي، **الحقوق العينية الأصلية**، ١٩٨٩ .

١٦٣- العنسي، الصنعاني، القاضي أحمد بن قاسم، **التاج المُذهب لأحكام المذهب**، نشر ١٤١٤-١٩٩٣، دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر والإعلان صنعاء .

١٦٤- عيد، د.إدوارد، **الوجيز في المدخل إلى علم القانون**، نشر١٩٨٧م، مطبعة غُنم بيروت.

١٦٥- العيني، بدر اليدن، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين (المتوفى٨٥٥هـ)، **البناية شرح الهداية**، تحقيق أيمن صالح شعبان، ١٤٢٠-٢٠٠٠، ط١، دار الكتب العلمية بيروت .

١٦٦- الغزالي، أبو حامد، محمد بن محمد (المتوفى ٥٠٥هـ)، **المستصفى في علم الأصول**، تحقيق عبد السلام الشافي، نشر ١٤١٣هـ ط١ ، دار الكتب العلمية بيروت .

١٦٧- ================، **إحياء علوم الدين**، دار المعرفة-بيروت .

١٦٨- الغنيمي، الميداني، الدمشقي، عبد الغني، **اللباب في شرح الكتاب**، تحقيق محمود أمين النواوي دار الكتاب العربي .

١٦٩- فراج، د.أحمد حسين، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، ط١، المؤسسة الثقافية الجامعية .

١٧٠- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (المتوفى ٨١٧هـ)، **القاموس المحيط**، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة .

١٧١- القادري، أحمد بن عبد الله، **مجلة الأحكام الشرعية**، تحقيق د.عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان و د.محمد إبراهيم أحمد علي، نشر ١٤٠١هـ ١٩٨١م، ط١، مكتبة تهامة- جدة السعودية.

١٧٢- القاسم، محمد حسن، ط١٩٩٧، **مبادئ المدخل إلى القانون والالتزامات**،

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر.

١٧٣- **قانون الأحوال الشخصية الأردني** لسنة ٢٠١١، نشر بتاريخ ١٦/ ١/ ٢٠١١ .

١٧٤- **قانون الأحوال الشخصية** المعدّل رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ا

١٧٥- **قانون الأحوال الشخصية**، قانون رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٥٠٦١) تاريخ ١٧/ ١٠/ ٢٠١٠ .

١٧٦- **القانون المدني الأردني** ، رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦ .

١٧٧- **القانون المدني الأردني** رقم (٣٦) لسنة ١٩٧٦ .

١٧٨- **القانون المعدّل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة** رقم (٣٨) سنة ٢٠٠٢.

١٧٩- قدري باشا، محمد، ط١٨٩١، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان** في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، ط٣ ، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق مصر.

١٨٠- ==========، **قانون العدل والإنصاف** ، تحقيق علي جمعة و محمد أحمد سراج، نشر ٢٠٠٦، دار السلام القاهرة .

١٨١- القدومي، منال فتحي، **الشفعة في القانون المدني الأردني**،١٩٩٨، نقابة المحامين الأردنيين-عمان .

١٨٢- القرافي، الصنهاجي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (المتوفى٦٨٤هـ)، **الفروق المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق** ومعه: إدرار الشروق على أنواء الفروق، لابن الشاط وبالحاشية: تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ـ- تحقيق خليل المنصور نشر ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ط١ ، دار الكتب العلمية.

١٨٣- القرافي، الصنهاجي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (المتوفى٦٨٤هـ)، **الذخيرة في فروع المالكية** ، تحقيق محمد حجي، ١٩٩٤، دار الغرب العربي - بيروت .

١٨٤- القرطبي، الخزرجي الأنصاري أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح (المتوفى ٦٧١هـ)، نشر ١٤٣٢هـ-٢٠٠٣م، **الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي**، تحقيق سمير البخاري، دار عالم الكتب – الرياض

١٨٥- القرطبي، النمري، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم (المتوفى٤٦٣ه)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، نشر ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني ط٢ ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية.

١٨٦- القليوبي، شهاب الدين محمد بن أحمد بن سلامة (المتوفى١٠٦٩هـ)، **حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلّي على منهاج الطالبين**، تحقيق مكتب البحوث١٤١٩هـ-١٩٩٨م، دار الفكر بيروت .

١٨٧- القونوي، الرومي الحنفي، القاسم بن عبد الله بن أمير علي (المتوفى٩٧٨هـ) **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، تحقيق أحمد الكبيسي نشر ١٤٠٧هـ١٩٨٧م، ط٢، دار الوفاء للنشر والتوزيع- جدة .

١٨٨- الكاساني، الحنفي، أبو بكر، الإمام علاء الدين بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق محمد محمد تامر نشر١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، دار الحديث القاهرة

١٨٩- الكاندهلوي، المدني، محمد زكريا (المتوفى١٤٠٢هـ)، **أوجز المسالك إلى موطأ مالك**، تحقيق تقي الدين الندوي نشر ١٩٧٤م، ط٣، دار الفكر .

١٩٠- الكباشي، د.المكاشفي طه، نشر١٤٠٩هـ، **الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي**، ط١ ، مكتبة الحرمين الرياض.

١٩١- الكركي، علي بن الحسين، نشر١٤٠٨هـ، **جامع المقاصد في شرح القواعد** ، المطبعة المهدية .

١٩٢- الكفوي، أبوالبقاء، الحسيني، أيوب بن موسى (المتوفى ١١٨٣هـ)، **كتاب الكليات**، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري ١٤١٩-١٩٩٨، ط٢ مؤسسة الرسالة بيروت .

١٩٣- الكليبولي، شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان (المتوفى ١٠٧٨هـ)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، تحقيق خليل عمران المنصور، نشر ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية بيروت .

١٩٤- لجنة من العلماء، **حكم الشريعة الإسلامية في الوقف الخيري والأهلي**، نشر ١٣٤٦هـ ، المطبعة السلفية ومكتبتها .

١٩٥- مالك بن أنس بن مالك بن عامر(المتوفى : ١٧٩هـ) ، **المدونة الكبرى**، المحقق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان.

١٩٦- الماوردي، البصري، العلامة أبو الحسن، علي بن محمد بن الحبيب (المتوفى ٤٥٠هـ)، ط١٤١٤-١٩٩٤، **الحاوي الكبير**، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، ط١ دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٩٧- المباركفوري، أبو العلي محمد بن عبد الرحمن، **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، نشر١٩٨٦م، ط٢، نشر المكتبة السلفية .

١٩٨- المتقي، علاء الدين بن حسام الهندي (المتوفى ٩٧٥هـ)، **كنز العمال في سنن الأفعال والأقوال**، مؤسسة الرسالة . ونسبه إلى البيهقي أبي بكر في كتابه السنن الكبرى، ١٣٥٥هـ، ط١، دار المعرفة بيروت .

١٩٩- **مجلة البحوث الإسلامية**-العدد١٨-إصدار عام ١٤٠٧ه- الشفعة، مشروعية الشفعة ، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء .

٢٠٠- **مجلة البحوث الإسلامية**، أهمية الوقف وحكه ومشروعيته، الدكتور عبد الله بن أحمد الزيد، العدد ٣٦، إصدار ١٤١٣ هـ، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء.

٢٠١- المحمصاني، د. صبحي، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية** .

٢٠٢- **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، نقابة المحامين سنة ٢٠٠٠، إعداد المكتب الفني بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة وعضوية المحامي محمد إستانبولي

والمحامية دورين بطرس .

٢٠٣- المرداوي، الصالحي، الدمشقي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (المتوفى٨٨٥ هـ)، نشر ١٤١٩هـ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ط١ ، دار إحياء التراث العربي بيروت

٢٠٤- مرسي، محمد كامل، **الملكية والحقوق العينية**، نشر١٩٢٨، ط٢، المطبعة الرحمانية - مصر .

٢٠٥- المرغيناني، الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (المتوفى ٥٩٣هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، تحقيق طلال يوسف نشر ١٩٩٥م، دار إحياء التراث العربي بيروت .

٢٠٦- مرقس، سليمان، **المدخل للعلوم القانونية**، ط٦ ، دار الكتب القانونية مصر للمنشورات القانونية.

٢٠٧- المروزي، السمعاني، أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد، نشر ١٤١٨-١٩٩٩، **قواطع الأدلة في الأصول**، تحقيق محمد حسن إسماعيل، ط١ ، دار الكتب العلمية بيروت . .

٢٠٨- مصطفى، إبراهيم ـ الزيات، أحمد ـ عبد القادر ،حامد ـ النجار، محمد ، **المعجم الوسيط**، تحقيق مجمع اللغة العربية ، دار الدعوة .

٢٠٩- مظفر، الدكتور محمود، نشر ١٤٢٣هـ، **نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية** ، ط١ ، دار حافظ .

٢١٠- المعايطة، بسمة، **الشفعة في القانون المدني الأردني**، ٢٠٠٣م، نقابة المحامين الأردنيين .

٢١١- المليباري، زين الدين بن عبد العزيز، **فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين**، تحقيق بسام عبد الوهاب الجابي، نشر١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، ط١ دار ابن حزم.

٢١٢- المناوي، محمد عبد الرؤوف، (١٤١٠هـ) **التوقيف على مهمات التعاريف**، تحقيق د. محمد رضوان الداية، ط١ ، دار الفكر المعاصر ، دار الفكر - بيروت ، دمشق.

٢١٣- المنبجي، الإمام أبو محمد علي بن زكريا (المتوفى٦٨٦هـ)، **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب**، تحقيق الدكتور محمد فضل عبد العزيز المراد نشر١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ط٢ ، دار القلم دمشق .

٢١٤- منصور، سليم هاني، **الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر**، نشر ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م،ط١ ، مؤسسة الرسالة .

٢١٥- **الموسوعة الفقهية الكويتية** ، ط١ (١٤٠٤-١٤٢٧هـ) ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت .

٢١٦- ناهي، د. صلاح الدين، **الخلاصة الوافية في القانون المدني**، ١٩٦٨، مبادئ الالتزامات، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد.

٢١٧- النسائي، أبو عبد الرحمن، أحمد بن شعيب، **المجتبى من السنن**، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، نشر١٤٠٦-١٩٨٦، ط٢ ، مكتبة المطبوعات الإسلامية حلب .

٢١٨- النفراوي، المالكي، الأزهري، شهاب الدين أحمد بن غانم (أبو غنيم) بن سالم بن مهنا، (المتوفى١١٢٦هـ)، نشر ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، **الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني**، دار الفكر بيروت .

٢١٩- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى ٦٧٦هـ)، **المجموع شرح المهذّب**، نشر ١٤٠٥هـ، ط٣ المكتب الإسلامي بيروت .

٢٢٠- ==================، **المنهاج شرح مسلم بن الحجاج**، ١٣٩٢هـ، ط٢ ، دار إحياء التراث العربي بيروت .

٢٢١- ==================، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، نشر١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي بيروت.

٢٢٢- النيسابوري، الحاكم، أبو عبد الله، محمد بن عبد الله، ١٤١١-١٩٩٠، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط١، دار الكتب العلمية بيروت.

٢٢٣- النيسابوري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، **الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العربية.

٢٢٤- الهيتمي، ابن حجر شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي (المتوفى٩٧٤هـ)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، دار الفكر بيروت .

٢٢٥- يكن ، زهدي، **الوقف في الشريعة والقانون**، ١٣٨٨هـ، دار النهضة العربية.

٢٢٦- يكن، زهدي، **كتاب الشفعة**، نشر ١٩٤٥م، مكتبة صادر بيروت .

الفهرس

تَمَّتْ
بِحَمْدِ اللهِ تَعَالَى

Provisions of the individual will

in the Islamic Fiqh compared with Jordanian Civil





